

ZUR UMWANDLUNG VON PERSONALGESELLSCHAFTEN
IN KAPITALGESELLSCHAFTEN

von

Albrecht Gaitzsch

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543106_0054

ZUR UMWANDLUNG VON PERSONALGESELLSCHAFTEN
IN KAPITALGESELLSCHAFTEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität

zu Freiburg i.Brsg.

vorgelegt

von

Albrecht Gaitzsch

Gerichtsreferendar

aus Chemnitz

1965

Dekan: Professor Dr. Erich Streißler
Referent: Professor Dr. Hans Thieme
Korreferent: Professor Dr. Ernst v. Caemmerer

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1965

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Brsg. nimmt durch die Druckgenehmigung zu den in der Arbeit vertretenen Auffassungen keine Stellung.



Gesamtherstellung: Ditter, Mainz, Steingasse 19

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

TEIL I

Die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften im System des Umwandlungsrechts	1
A. Die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften im Rahmen der Umwandlungsgesetzgebung	1
I. Umwandlung von Unternehmensform und Gesellschaftsform	1
II. Umwandlung von Gesellschaften	2
1) Tatbestand der Umwandlung von Gesellschaften	2
2) Arten der Umwandlung von Gesellschaften	4
3) Umwandlung als rechtlicher und wirtschaftlicher Begriff	7
a) Kein eindeutiger Rechtsbegriff	7
b) Kein eindeutiger wirtschaftlicher Begriff	10
B. Die erleichterte Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften als wirtschaftliche Notwendigkeit und rechtliche Möglichkeit	13
I. Die Fragestellungen im einzelnen	13
II. Rechtliche und wirtschaftliche Vorteile einer erleichterten Umwandlung	17
1) Zur Vereinfachung handelsrechtlicher Vorgänge	19
2) Zur Verringerung der Umwandlungskosten	23
a) außersteuerliche Kosten	24
b) steuerliche Kosten	26
III. Die Unterschiede zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften im Hinblick auf eine Identitätsumwandlung	32
1) Keine grundsätzlichen Gegensätze zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften und juristische Personen sowie als individualgesellschaftliche und körperschaftliche Organisationsformen	34
2) Folgerungen der Literatur für eine Identitätsumwandlung	39

IV. Die Auswirkung des Fehlens einer gesetzlichen Umwandlungsregelung auf die Ansichten zur Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften	44
1) Der Mangel einer gesetzlichen Regelung als Hindernis für die Identitätsumwandlung	44
2) Im Mangel einer gesetzlichen Regelung wird kein Hindernis für die Identitätsumwandlung gesehen	49
V. Ausblick	50

TEIL II

Die konstruktiven Möglichkeiten der Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften	53
A. Die Personalgesellschaft wird in die Kapitalgesellschaft umgewandelt, ohne daß dabei eine der Gesellschaften an der anderen beteiligt wird	54
I. Umwandlung unter Vollbeendigung der umzuwandelnden Gesellschaft	54
1) Grundzüge der Konstruktion	54
2) Keine Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile ...	57
3) Mögliche, aber regelmäßig unübliche Einlage von Miteigentumsbruchteilen	65
a) Die Bruchteilseinbringung nach der Finanzrechtssprechung	65
b) Die Bruchteilseinbringung in der Umwandlungspraxis	69
4) Gemeinschaftliches Einbringen des Betriebsvermögens ..	71
a) Ein Vertrag zwischen Personal- und Kapitalgesellschaft zugunsten der Gesellschafter als Bestandteil des Einbringungsvertrages	71
b) Der Vertrag zugunsten Dritter ist dogmatisch verfehlt	75
c) Der Vertrag zugunsten Dritter wird überflüssig durch die Aufspaltung der Sacheinlage in einen Beteiligungs- und Illationsvertrag	79

II. Umwandlung unter Fortbestand der umzuwandelnden Gesellschaft	84
1) Umwandlung und Holdinggesellschaft	84
a) Bedeutung der Holdinggesellschaft	84
b) Umwandlungskonstruktion und Fortbestand	86
2) Umwandlung und Betriebsaufspaltung	87
a) Bedeutung der Aufspaltung in eine Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft	87
b) Umwandlungskonstruktion und Fortbestand	93
B. Die Personalgesellschaft wird in die Kapitalgesellschaft umgewandelt, indem sich die Personalgesellschaft als Gründungsmitglied an der Kapitalgesellschaft beteiligt	94
I. Umwandlung unter Vollbeendigung der umzuwandelnden Gesellschaft nach ihrer Beteiligung	94
1) Grundzüge der Konstruktion	94
2) Gründungsbeitrag der Personalgesellschaft	95
3) Gründungsbeitrag der Personalgesellschaft	97
a) Ansichten in der Literatur	97
b) Stellungnahme	100
c) Behandlung in der Praxis	102
II. Umwandlung unter Fortbestand der umzuwandelnden Gesellschaft nach ihrer Beteiligung	104
1) Die Voraussetzungen, unter denen für die umzuwandelnde Personalgesellschaft die Frage gestellt ist, ob sie als Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gründungsmitglied werden kann	104
2) Die Rechtsnatur der Personengesellschaft	109
3) Die Beteiligung der umzuwandelnden Personalgesellschaft an der Gründung ist auch zulässig, wenn sie zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird	115
C. Die Personalgesellschaft wird in die Kapitalgesellschaft umgewandelt, indem die Kapitalgesellschaft zum Zwecke der Geschäftsübernahme an der Personalgesellschaft beteiligt wird	121
I. Anteilseinbringung und Geschäftsübernahme	121

1)	Grundzüge der Konstruktion	121
2)	Die einleitende Anteilsübertragung	123
a)	Personalgesellschaftsanteile als Sacheinlagen ...	123
b)	Die Sacheinlagefähigkeit von Personalgesellschafts- anteilen ist abhängig von den Rechtsverhältnissen bei der Vorgesellschaft	126
c)	Folgerungen für die Umwandlungskonstruktion ..	134
3)	Die abschließende Geschäftsübernahme	135
a)	Geschäftsüberlassung als Gegenstand der Sach- einlage und ihr Verhältnis zur Anteilseinbringung .	135
b)	Folgerungen für die Umwandlungskonstruktion ...	137
II.	Bargründung und Geschäftsübernahme	139
1)	Grundzüge der Konstruktion	139
2)	Keine Verrechnung zwischen Einlageschuld und Abfindungsforderung	141
3)	Wirtschaftliches Risiko bei dieser Umwandlungs- konstruktion	145
D.	Anhang	148
I.	Umwandlung in Etappen	148
II.	Firmierung bei der Umwandlung	149
III.	Die Neckermann-Umwandlung	151

LITERATURVERZEICHNIS

- Angerer, Ludwig, Die Umsatzsteuer bei Geschäftsveräußerungen und Neugründungen, in: Steuer und Wirtschaft 1949, Sp.335-338
- ders., Die Umsatzsteuer bei der Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1950, Sp.741-744
- Ballerstedt, Kurt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949
- Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 16.Aufl., München und Berlin 1964
- Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 11.Aufl., München und Berlin 1961
- ders., GmbH-Gesetz, 10.Aufl., München und Berlin 1962
- Baur, Fritz, Der Konkurs der Vorgesellschaft, in: Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, S.9-11
- Bayer, Wilhelm, Haupt- und Gesellschafterversammlungen vor Eintragung der AG und der GmbH in das Handelsregister, in: Juristenzeitung 1952, S.551-555
- Becker, Karl, Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine GmbH, in: Rundschau für GmbH 1931, Sp.743-746 und 829-840
- Becker-Schmidt, Die GmbH von der Gründung bis zur Auflösung, Köln 1936
- Bergmann, Hans, Umwandlung, Auflösung und Löschung von Kapitalgesellschaften, Berlin 1935
- Beushausen - Küntzel-Kersten - Bühling, Kostenordnung, Köln und Berlin 1958
- Beyerle, Konrad, Genossenschaft, in: Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd.II, S.530-534, 5.Aufl., Freiburg i.Br. 1927
- Bise, Wilhelm, Die Betriebsaufspaltung in der Rechtsprechung des BFH, in: Der Betrieb 1962, S.416-419
- Bock, Gerhard, Der Veräußerungsgewinn bei der Umwandlung einer Mitunternehmerschaft in eine Kapitalgesellschaft im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht, Diss., Heidelberg 1949
- Boesebeck, Ernst, Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 2, Frankfurt 1937

- Boesebeck, Ernst, Die "kapitalistische" Kommanditgesellschaft, Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 6, Frankfurt 1938
- ders., Anmerkung zum Urteil des RG vom 16.2.1938, in: Juristische Wochenschrift 1938, S.1400 ff., S.1401-1403
- ders., Stichtag der Eröffnungsbilanz und Bewertungsgrundsätze bei der Einbringung eines Unternehmens, in: Soziale Praxis 1939, Sp.605-613
- ders., Anmerkung zum Urteil des RG vom 25.1.1939, in: Deutsches Recht 1939, S.1431 ff., S.1434-1437
- Boettcher, Carl, siehe Hueck-Boettcher
- Böttcher-Beinert, Die Rechtsprechung zur Betriebsaufspaltung, in: Der Betrieb 1962, S.1350-1354
- Böttcher-Meilicke, Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5.Aufl., Berlin und Frankfurt 1958
- Boltz, Heinz, Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Archiv für civilistische Praxis Bd.141 (1935), S.280-326
- Brandner, Hans Erich, Das Mietverhältnis bei Wechsel in der Inhaberschaft eines Unternehmens, in: Neue Juristische Wochenschrift 1960, S. 127-130
- Brodmann, Erich, Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Berlin und Leipzig 1924
- Brönner, Herbert, Kapitalverkehrssteuergesetz, Köln 1956
- ders., Die Besteuerung der Gesellschaften, 10.Aufl., Stuttgart 1962
- Bruckhaus, Friedward, Die körperschaftsähnliche Kommanditgesellschaft, Diss., Köln 1942
- Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, 2.Aufl., Heidelberg 1961
- Capelle, Karl-Herrmann, Schutz von Familienkapitalgesellschaften gegen Überfremdung, in: Der Betriebs-Berater 1954, S.1076-1079
- Cerutti, Die Umsatzsteuer bei der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1956, S. 130-131

- Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 3.Aufl., Leipzig 1937
- Dahlheimer, Karl, Steuerliche Belastungen bei der Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften und von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1949, S.263-266
- Dannecker, Wolfgang, Die Firmierung bei der Unternehmenspacht, Diss., Mainz 1956
- Dregger, Alfred, Die Haftungsverhältnisse bei den Vorgesellschaften, Köln 1951
- ders., Haftung des Gesellschafters einer am Geschäftsverkehr teilnehmenden Vor-GmbH, in: Rundschau für GmbH 1952, S.185-187
- Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, e.Aufl., Mannheim-Berlin - Leipzig
Bd.II/1.Hälfte, erläutert von Geiler, 1932
Bd.II/2.Hälfte, erläutert von Flechtheim, 1932
Bd.III/1.Teil, erläutert von Bing, Flechtheim, Hachenburg, 1934
Bd.III/3.Teil, erläutert von Hachenburg
- Dürkes, Werner, Die Doppelgesellschaft (Betriebsgesellschaft - Besitzgesellschaft), Steuerliche Belastungen zur Frage der Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften, in: Der Betriebs-Berater 1949, S.65-69
- ders., Zur Frage der Doppelgesellschaft, in: Der Betriebs-Berater 1949, S.266-267
- Ebel-Weller, Allgemeines Berggesetz, 2.Aufl., Berlin 1963
- Ehrenzweig, Albert, Versicherungsvertragsrecht, II.Bd., Wien und Leipzig 1935
- Eisner, Alice, Umwandlung von Gesellschaftsformen, Diss., Marburg 1916
- Eltzbacher, Paul, Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Theilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.45 (1896), S.40-68

- Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I,
3.Aufl., Münster 1962
- Fabricius, Fritz, Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1963
- Feine, Hans Erich, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ehrenbergs
Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3.Bd. 3.Abt., Leipzig 1929
- Fischer, Curt, Die handelsrechtlichen Unterschiede zwischen Personenunter-
nehmen und Kapitalgesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1949,
Sp.979 - 986
- Fischer, Otto, Das Problem der Identität und Neuheit, in: Festschrift für
Rudolf von Jhering, Breslau 1893
- Fischer, Robert, Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum
GmbH-Gesetz, in: Rundschau für GmbH 1953, S.131-137
- ders., Fragen aus dem Recht der GmbH, in: Juristenzeitung 1954, S.426-428
- ders., Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, in: Fest-
schrift für Walter Schmidt, S.117-137, Berlin 1959
- Flechtheim, Julius, Das Wesen der Handelsgesellschaft nach der Veräuße-
rung ihres Geschäftes nebst Firma, in: Leipziger Zeitschrift 1915,
Sp.943-952
- ders., Die kapitalistisch ausgestaltete Personengesellschaft, Wirtschaftliche
Abhandlungen, hrsg. v. Geiler, Heft 13, 1934
- Friedlaender, Heinrich, Anleihestock und Umwandlungsgesetz, Stutt-
gart 1935
- ders., Konzernrecht, Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammen-
fassungen,
1.Aufl., Mannheim - Berlin - Leipzig 1927
2.Aufl., Berlin und Frankfurt 1954
- Friedrich, Werner, Zur Realisierung stiller Reserven bei der Einbringung
von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft, in: Der Betrieb
1962, S.313-315
- Full, Werner, Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Deutsche Notar-
Zeitschrift 1957, S.77-92

- Funk, Walter, Die Umwandlung von Handelsgesellschaften unter Wahrung der Identität, Diss., Heidelberg 1940
- Furtwängler, Heinz, Die Umwandlung von offenen Handelsgesellschaften in Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter steuerlichen Gesichtspunkten, Diss., Freiburg 1949
- Gadow, W., Der Eintritt der Aktiengesellschaft in die vor ihrer Entstehung begründeten Rechtsverhältnisse, in: Jherings Jahrbücher, Bd.87 (1937/38), S.245-268
- Gadow-Heinichen, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, 1.Aufl., Berlin 1939, erläutert von Gadow, Heinichen, E.Schmidt, W.Schmidt, Weipert; 2.Aufl., Berlin 1961, Bd.I, erläutert von Barz, Fischer, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling, W.Schmidt
- Ganßmüller, Helmut, Die werbende Vor-GmbH, in: Rundschau für GmbH 1953, S.116-120
- ders., Die Vorgesellschaft auf mangelhafter Vertragsgrundlage, in: Der Betrieb 1955, S.713-715
- ders., Anmerkung zum Beschluß des OLG Stuttgart vom 8.8.1955, in: Rundschau für GmbH 1955, S.210-211
- ders., Zur Rechtsnatur der Vorgesellschaften, in: Neue Juristische Wochenschrift 1956, S.1186-1188
- ders., Zum gegenwärtigen Stand und zur notwendigen Weiterentwicklung des Umwandlungsrechts, in: Rundschau für GmbH 1957, S.81-95
- ders., Zum Recht der Vor-GmbH, insbesondere im Falle ihrer Liquidation, in: Rundschau für GmbH 1963, S.101-105
- Georgakopoulos, Leonidas, Die Gründung der Aktiengesellschaft, Hamburger Rechtsstudien, Heft 48, 1959
- Gerlach, Rudolf, Firmenrechtliche Fragen bei der Übernahme eines Handelsgeschäfts nach § 22 Abs.2 HGB, Diss., Leipzig 1931
- Gierke, Julius von, Das Handelsunternehmen, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd.111 (1948), S.1-17
- ders., Die Gesellschaft im weiteren Sinne, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd.119 (1956), S.141-156
- ders., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8.Aufl., Berlin 1958

- Gierke, Otto von, Deutsches Privatrecht, Bd.I, Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig 1895
- Gieseke, Paul, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in: Festschrift für Ernst Heymann, Weimar 1940, Bd.II, S.112-147
- Glöggler, Hans, Gesellschaftssteuer und Umsatzsteuer beim Einbringen des Betriebsvermögens einer Personengesellschaft, in: Rundschau für GmbH 1960, S.109-111
- Godin, Reinhard von, Probleme nach § 34 AktG, in: Archiv für civilistische Praxis, Bd.147 (1941), S.26-42
- ders., Einzelfragen aus dem Recht der offenen Handelsgesellschaft, in: Juristische Rundschau 1948, S.61-65
- v. Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 2.Aufl., Berlin 1950
- Groschuff, Hans, Die Umwandlung bergrechtlicher Gewerkschaften, in: Juristische Wochenschrift 1935, S.2403-2407
- ders., Grenzen des Firmenrechts, in: Juristische Wochenschrift 1935, S.3257-3267
- Großmann, H., Die Umwandlungsgründung und der Mantelkauf als Objekt betrieblicher Gründungspolitik, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1934, S.333-335
- Grothus, Jost, Übernahme einer GmbH-Stammeinlage durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: Rundschau für GmbH 1958, S.156-159
- Günther, Gerhard, Grundfragen bei der Umwandlung von Handelsgesellschaften, Diss., Breslau 1933
- Haberkorn, Kurt, Rechtliche Struktur der werdenden Kapitalgesellschaft, in: Der Betriebs-Berater 1962, S.1408-1411
- Hachenburg, Max, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6.Aufl., Berlin, bearb. v. Schilling, Schmidt, Klug, Goerdeler, 1.Bd., §§ 1-34, 1956; 2.Bd., §§ 35-84, 1959
- Hallstein, Walter, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Auslandsrechten, in: Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 1938/39, S.341-451

Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 4.Aufl. 1952

Heilmann, Gerhard, Was kostet der Eintritt in die Aktiengesellschaft?, in: Blick durch die Wirtschaft vom 9.4.1964, Nr.83, Neuer Stil im alten Familienbetrieb, Folge XXV

ders., Muß die Umwandlung an den Steuergesetzen scheitern?, in: Blick durch die Wirtschaft vom 13.4.1964, Nr.86, Neuer Stil im alten Familienbetrieb, Folge XXVI

Heim, Justus, Grundzüge der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft und ihre steuerlichen Auswirkungen, in: Der Betriebs-Berater 1947, S.325-328

Heine, Fritz, Die Umwandlung einer Offenen Handelsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, Diss., Greifswald 1919

Heitmann, K., Umsatzsteuerfreiheit bei Einbringung von Gegenständen des Betriebsvermögens in eine Kapitalgesellschaft, in: Umsatzsteuer-Rundschau 1959, S.153

Henninger, Fritz, Steuerliche Einzelfragen zur GmbH & Co., in: Rundschau für GmbH 1959, S.138-139

Herold, Hermann, Die personenbezogene Kapitalgesellschaft, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1943, S.41-43

Hesselmann, Malte, Handbuch der GmbH & Co., 6.Aufl., Köln 1963

Heubach, Hans, Die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in andere handelsrechtliche Unternehmungsformen, Diss., Jena 1930

Heymann, Ernst, Die nichteingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung im deutsch-ausländischen Rechtsverkehr, in: Jherings Jahrbücher, Bd.75 (1925), S.408-454

Hoeniger, Heinrich, Die Pacht des Handelsgeschäfts, in: Festschrift für O.Lenel, 1921, S.1-20

Hübschmann, Walter, Die Frage der Umsatzbesteuerung bei Umwandlung einer OHG in eine GmbH in der Rechtsprechung, in: Rundschau für GmbH 1955, S.186-188

Hueck, Alfred, Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., Berlin 1964

- Hueck, Alfred, Gesellschaftsrecht, Ein Studienbuch, 10.Aufl., München 1960
- Hueck-Boettcher, Die Umwandlung von Personalgesellschaften in Kapitalgesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1953, Sp.315-330
- Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.I, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
- Jacobi, Erwin, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff, Sonderabdruck aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 21, Leipzig 1926
- Janberg, H., Verpachtung einer Firma, in: Rundschau für GmbH 1951, S.174
- Junck, Johannes, Über Umwandlung von Gesellschaften, in: Jherings Jahrbücher, Bd.77 (1927), S.297-319
- Kaiser, Karl, Die Übertragung von OHG-Anteilen, Diss., Würzburg 1956
- Kinnebrock, Franz, Die Umwandlung in Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Trennung von Besitz- und Betriebsgesellschaft, in: Die Wirtschaftsprüfung 1949, S.512-515 und 555-560
- Klausing, Friedrich, Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Heft 5, 1938
- Knoppe, H., Anmerkung zum Urteil des BFH vom 16.1.1962, Bundessteuerblatt III, 1962/104, in: Rundschau für GmbH 1962, S.143
- Koehler, Herbert, Die Umgründung einer OHG in eine Kapitalgesellschaft, in: Praktische Betriebswirtschaft, Heft 4, Berlin 1948
- Kölling, Ludwig, Gesamthandsgemeinschaften als Mitglieder von Personalgesellschaften des Handelsrechts, Diss., Münster 1938
- Köhler, Josef, Umwandlung und Erlöschen einer juristischen Person, in: Deutsche Juristenzeitung 1911, Sp.1261-1263
- ders., Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd.74 (1913), S.456-461
- ders., Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, in: Archiv für bürgerliches Recht, Bd.40 (1914), S.229-261

- Kopei, Dieter, Die Übernahme einer Stammeinlage oder Aktie bei Gründung einer GmbH oder AG durch eine Personenmehrheit, in: Rundschau für GmbH 1960, S.84-85
- Kreifels, Max, Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Rundschau für GmbH 1957, S.17-20
- Kruk, Max, Wann ist die Aktiengesellschaft die bessere Rechtsform?, in: Blick durch die Wirtschaft vom 27.1.1964, Nr.22, Neuer Stil im alten Familienbetrieb, Folge V
- ders., Welche Vorteile bietet die Aktiengesellschaft?, in: Blick durch die Wirtschaft vom 30.1.1964, Nr.25, Neuer Stil im alten Familienbetrieb, Folge VI
- Kuhn, Ottmar, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Diss., Tübingen Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.10, 1964
- Kunkel, Wolfgang, Juristische Personen, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd.4, S.560-597, Berlin 1933
- Lappe-Stöber, Kosten in Handelssachen, Heidelberg 1963
- Lehmann, Heinrich, Gesellschaftsrecht, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
- Lehmann, Karl, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd.50 (1901), S.1-55
- ders., Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht, in: Festschrift für G.Cohn, S.393-425, Zürich 1915
- Leibrecht, Dieter, Umsatzsteuer bei der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, in: Steuer und Wirtschaft 1956, Sp.7-18
- ders., Anteile an der Betriebskapitalgesellschaft als notwendiges Betriebsvermögen der Besitzpersonengesellschaft, in: Der Betriebs-Berater 1962, S.832
- Littmann, Eberhard, Grundstücksverwaltung und Anteilsbesitz bei Betriebsteilung in der Steuerrechtsprechung, in: Die Wirtschaftsprüfung 1950, S.71-75

- Mann, Fritz A., Die Sachgründung im Aktienrecht, Heft 7 der wirtschaftsrechtlichen Abhandlungen, hrsg. v. Geiler, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- Marcuse, Paul, Die Grundstücksgesellschaft, in: Festschrift für A.Pinner, S.290-317, Berlin und Leipzig 1932
- Merkert, Erich, Der Gesellschafterwechsel im Gründungsstadium der GmbH, in: Der Betriebs-Berater 1951, S.322-323
- ders., Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Gründungsgesellschafterin einer GmbH, in: Neue Juristische Wochenschrift 1957, S.1909
- Meyer-Meulenbergh, Genossenschaftsgesetz, 9.Aufl.
- Miesbach-Engelhardt, Bergrecht, Kommentar, Berlin 1962
- Möhle, Fritz, Die Personengesellschaft, OHG, KG, StG, 2.Aufl.
- Mühling, Ernst, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Diss., München 1954
- Müller, F., Umsatzsteuer bei der Umwandlung einer Personalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1951, S.353-355
- Müller-Erbach, Rudolf, Die Erhaltung des Unternehmens, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd.61 (1908), S.357-413
- ders., Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, Stuttgart 1917
- Müller-Freienfels, Wolfram, Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht, in: Archiv für civilistische Praxis, Bd.156 (1957), S.522-543
- Mutze, Otto, Zur Abgrenzung des Betriebsvermögens in der Rechtsprechung des BFH. Wann sind Beteiligungen notwendiges Betriebsvermögen?, in: Der Betrieb 1962, S.109-113
- Neitzel, Manfred, Die Besitz- und Betriebsgesellschaft, Diss., Köln 1958, Heft 7 der Abhandlungen aus dem Industrieseminar der Universität Köln, hrsg. v. Theodor Beste
- Nikisch, Arthur, Arbeitsrecht, Bd.1, 3.Aufl., Tübingen 1961
- Oppikofer, Hans, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927

- Otto, Heinz, Die Haftung aus einem von der Vorgesellschaft aufgenommenen Geschäftsbetrieb, insbesondere gegenüber Arbeitnehmern, in: Der Betriebs-Berater 1954, S.572-575
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 23.Aufl., München 1964
- Paul, W., Ausschluß aus der zweigliedrigen Vor-GmbH, in: Neue Juristische Wochenschrift 1947/48, S.417-419
- Petersen, Jens, Die personengesellschaftliche Struktur der GmbH, Diss., Kiel 1954
- Pisko, Oskar, Das kaufmännische Unternehmen, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.II, 1, Leipzig 1914
- Pleyer, Klemens, Sacheinlagen vor Eintragung im Handelsregister, in: Rundschau für GmbH 1959, S.94-95
- Plückebaum-Malitzky, Umsatzsteuergesetz, Kommentar, Bd.I, 8.Aufl., Berlin und Köln 1958
- Plum, Maria, Der fortschreitende Strukturwandel der Personengesellschaft durch Vertragsgestaltung, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd.II, S.137-191
- Räß, Die vermögenssteuerlichen Auswirkungen der Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1933, S.154-156
- Rasch, Harold, Deutsches Konzernrecht, 2.Aufl., 1955
- Rehm, H., Die Einlage von Sachgesamtheiten bei Aktiengesellschaft und Gesellschaft m.b.H., in: Archiv für bürgerliches Recht, Bd.22 (1903), S.119-142
- Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd.II, 2.Teil, §§ 705-853, 11.Aufl., Berlin 1960
- Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., Berlin, Bd.I, 1953, erläutert von Würdinger, Bd.II, 1950, erläutert von Weipert
- Reinecke, Günter, Die Stellung der Mitglieder in der Vorgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer Haftung, Diss., Köln 1960

- Reinhardt, Rudolf, Identität und Rechtsnachfolge, in: Neue Juristische Wochenschrift 1952, S.441-445
- Remmlinger, Franz, Umsatzsteuer anlässlich der GmbH-Gründung, in: Rundschau für GmbH, 1950, S.123-125
- Rhode, Heinz, Juristische Person und Treuhand, Berlin 1932
- ders., Die juristische Person im Gemeinschaftsrecht, in: Deutsche Juristenzeitung 1935, Sp.1207-1213
- Riechert, Die Firma der GmbH & Co, in: Der Betrieb 1956, S.493-496
- Ripfel, Übernahme einer Stammeinlage durch eine Personenmehrheit, in: Rundschau für GmbH, 1956, S.7-9
- Rist, Paul, Die Überführung eines kaufmännischen Geschäftes aus der Unternehmensform der Kollektivgesellschaft in die Unternehmensform der Aktiengesellschaft, Diss., Fribourg 1925
- Ritter, Carl, Aktiengesetz, 2.Aufl., Berlin und München 1939
- Rittner, Fritz, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriff, Tübingen 1962
- Römer, Emil, Zur Gewerbesteuerpflicht der Besitzgesellschaft bei Betriebsaufspaltung, in: Der Betriebs-Berater 1959, S.194
- Roquette, Herrmann, Mietrecht, 5.Aufl.
- Rupp, Ernst, Umsatzsteuer bei der Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1951, Sp.55-64
- ders., Zur Umsatzsteuer bei der Umwandlung einer Personalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, in: Steuer und Wirtschaft 1953, Sp.157-160
- ders., Zur Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1954, Sp.152-156
- ders., Noch einmal: Umsatzsteuer bei der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, in: Steuer und Wirtschaft 1956, Sp.517-520
- Scherrer, Paul, Die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, Diss., Basel 1923

- Schilling, Wolfgang, Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts,
in: Juristenzeitung 1953, S.489-494
- Schlegelberger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Bd., erläutert
von Geßler, 4.Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
- Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, 3.Aufl., Berlin 1939
- Schlosser, Marie Elisabeth, Die höchstrichterliche Rechtsprechung über
die Geschäftsführung und Vertretung im Recht der Offenen Handelsgesellschaft, Diss., Würzburg 1961
- Schneider-Martin, Familienunternehmen und Unternehmertestament,
4.Aufl., 1963
- Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig, Geschichte der juristischen Person,
Bd.I, München 1933
- Scholz, Franz, Die Haftung der Handelnden in der Vor-GmbH, in: Rundschau für GmbH 1956, S.3-7
- ders., Nochmals: Übernahme einer Stammeinlage durch Personenmehrheit,
in: Rundschau für GmbH 1956, S.17-19
- ders., Die Sacheinlage der GmbH, in: Rundschau für GmbH 1957, S.65-69
- ders., Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4.Aufl., Köln 1960
- Schreiber, Otto, Die Kommanditgesellschaft auf Aktie, München 1925
- Schröder, Frank, Die organisatorische Annäherung der Kommanditgesellschaft an die Struktur der Kapitalgesellschaften, Möglichkeiten und Grenzen, Diss., Köln 1942
- Schulte-Steinberg, Ein Belastungsvergleich zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, in: Die Steuerberatung 1960, S.78
- Schultze-v.Lasaulx, Hermann Arnold, Die unechte Vorgesellschaft,
in: Juristenzeitung 1952, S.390-395
- Schumann, Hans, Handelsrecht, Bd.I, Wiesbaden 1954
- ders., Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, Köln und Berlin 1956
- Siebert, Wolfgang, Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände, in: Deutsche Juristenzeitung 1935, Sp.713-723

- Siegelmann, Heinrich, Die Grundstücks-Sacheinlage bei Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Der Betriebs-Berater 1957, S.137
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.II, §§ 433-853, 9.Aufl., Stuttgart 1962
- Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd.I, §§ 1-177, erläutert von Bondi und Pinner, 14.Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Aufl., Berlin Bd.I, 1957, erl. von Brändl u. Coing, Bd.II, Teil 4, Lieferung 1, 1958, erläutert von Keßler
- Stückmann, Rudolf, Die Besteuerung von Besitz- und Betriebsgesellschaften, die aus der Aufspaltung einheitlicher Unternehmen hervorgegangen sind, Diss., Münster 1954
- Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, Kommentar, 3.Aufl., Heidelberg 1951
- Tietze, Werner, Die Umwandlung einer Offenen Handelsgesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss., Hamburg 1949
- Trumpler, Hans, Die Bilanz der Aktiengesellschaft, Basel 1950
- Wagner, Alfred, Der Ausbau des Einflusses des Kommanditisten bis zur beherrschenden Stellung und dessen Auswirkung auf seine Haftung, Diss., Münster 1961
- Wallis, Hugo von, Zur Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1954, Sp.147-152
- Weimar, Wilhelm, Liegt eine unbefugte Raumüberlassung vor, wenn ein Mieter sein Unternehmen in eine Gesellschaft einbringt oder wenn die Gesellschaftsform des Unternehmens geändert wird?, in: Rundschau für GmbH 1954, S.170-171
- Weipert, Otto, Anmerkung zum Urteil des OLG Saarbrücken vom 9.3. 1951, in: Juristenzeitung 1952, S.35 ff., S.37
- Wieland, Karl, Handelsrecht, Erster Band, Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd.III, 1,1

- Wieland, Karl, Handelsrecht, Zweiter Band, Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig 1931
- Wiener, Umwandlung und Fusion von Gesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd.27 (1882), S.333-392
- Willecke, Raimund, Grundriß des Bergrechts, Berlin - Göttingen- Heidelberg 1958
- Wilke-Berg-Gottschling-Kunkel-Köhler, Handbuch der GmbH, 2.Aufl., Köln 1961
- Wolff, Ernst, Verträge zugunsten Dritter im Aktienrecht, in: Festschrift für A.Pinner, S.656-680, Berlin und Leipzig 1932
- Wolff, Hans J., Organschaft und juristische Person, Bd.I, Berlin 1933
- Würdinger, Hans, Gesellschaften,
1. Teil: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937
2. Teil: Recht der Kapitalgesellschaften, Hamburg 1943
- ders., Das Recht der Personalgesellschaften, Teil I, Die Kommanditgesellschaft (1.Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personalgesellschaften der Akademie für dtsh. Recht), Arbeitsberichte der Akademie für deutsches Recht, Nr.12, München und Berlin 1939
- ders., Aktienrecht, Karlsruhe 1959
- Wygold, Klaus, Die Gesamtrechtsnachfolge bei der Umwandlung von Gesellschaften, Diss., Münster 1958
- Zartmann, Hugo, Personenunternehmen oder Kapitalgesellschaft. Ein steuerlicher Belastungsvergleich, in: Der Betriebs-Berater 1948, S.517-519
- ders., Mischformen des Gesellschaftsrechts in neuer Betrachtung, in: Der Betriebs-Berater 1951, S.736-738
- ders., Schutz von Familienkapitalgesellschaften gegen Überfremdung, in: Der Betriebs-Berater 1954, S.69-72
- Zintzen-Lüthgen, Zur Gewerbesteuerpflicht von Vermögensverwaltungsunternehmen in Form von Personengesellschaften, in: Der Betriebs-Berater 1957, S.816-819

Zitzlaff, Franz, Zur Frage der Betriebs- und Vertriebs-GmbH, in:
Steuer und Wirtschaft 1951, Sp.329-340

TEIL I

DIE UMWANDLUNG VON PERSONAL- IN KAPITALGESELLSCHAFTEN IM SYSTEM DES UMWANDLUNGSRECHTS

A. DIE UMWANDLUNG VON PERSONAL- IN KAPITALGESELLSCHAFTEN IM RAHMEN DER UMWANDLUNGSGESETZGEBUNG

Wird ein Unternehmen, das zunächst in der Gesellschaftsform einer OHG oder KG (Personalgesellschaft) geführt wurde, in die Gesellschaftsform einer GmbH, AG oder KGaA (Kapitalgesellschaft) übergeleitet, wobei der Kreis der Gesellschafter und ihre anteilmäßige Beteiligung im wesentlichen unverändert bleiben und das Unternehmen wirtschaftlich keine Unterbrechung erfährt, so pflegt man diesen Vorgang als Umwandlung aus einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft zu bezeichnen, und zwar ganz unabhängig davon, wie man den Umwandlungsbegriff im einzelnen faßt. Auf die Frage indes, welche Merkmale es sind, an die die Bezeichnung Umwandlung (für diesen und andere als Umwandlungen bezeichneten Fälle) anknüpft, läßt sich keine eindeutige Antwort geben. Zivilrechtsordnung und Rechtswissenschaft kennen keinen allgemeinen und eindeutigen Begriff der Umwandlung von Gesellschaftsformen. Das ist kein Mangel, wenn man sich bewußt bleibt, daß damit im konkreten Falle verschiedenes gemeint sein kann. In welchem Sinne nach der rechtlichen und wirtschaftlichen Seite hin der Übergang von der Personal- zur Kapitalgesellschaftsform als Umwandlung bezeichnet wird, zeigt sich erst deutlich, wenn er in den größeren Zusammenhang des Umwandlungsrechts gestellt wird.

I. Umwandlung von Unternehmensform und Gesellschaftsform

Man pflegt im Anschluß an Karl Lehmann (1) unter Unternehmensform die rechtliche Ausprägung eines handelsgewerblichen Unternehmens zu verstehen, die sich in erster Linie nach der rechtlichen Ausprägung des Unternehmensträgers richtet. Der Unternehmensträger kann eine physische Person, eine Personalgesellschaft oder eine juristische Person sein. Er kann sich von einer dieser drei Formen in eine andere verwandeln und dabei Träger der gleichen handels-

(1) ZHR 50 (1901)/S.1 ff. (5)

rechtlichen Unternehmung (2) bleiben. Dann liegt eine Umwandlung der Unternehmungsform vor. Eine Umwandlung der Gesellschaftsform braucht damit nicht einherzugehen. So ist eine solche nicht gegeben, wenn sich der Unternehmerträger von einer physischen Person zu einer Personalgesellschaft (3) oder umgekehrt (4) wandelt. Sie liegt ebenfalls nicht vor bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft auf den Alleingesellschafter, der eine physische Person (5) ist.

Weitaus häufiger sind jedoch Umwandlungen der Unternehmensform durch Änderung der Gesellschaftsform des Unternehmensträgers. Die Rechtsform des Unternehmensträgers ist vor und nach der Umwandlung die einer Gesellschaft, sei es einer Personal- oder Kapitalgesellschaft. Man spricht von Umwandlung der Gesellschaft. Während also in bezug auf ein handelsgewerbliches Unternehmen jede Umwandlung der Gesellschaftsform auch Umwandlung der Unternehmensform ist, erschöpft sich die Umwandlung von Unternehmensformen nicht in der Umwandlung von Gesellschaften.

II. Umwandlung von Gesellschaften

1) Tatbestand der Umwandlung von Gesellschaften

Obwohl eine einheitliche Begriffsbestimmung für die Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere fehlt, ist man sich über den Tatbestand, auf den die Bezeichnung "Umwandlung" Anwendung finden soll, im wesentlichen einig. Eine Gesellschaft als Unternehmensträger verändert ihr rechtliches Kleid, die Gesellschaftsform. Es tritt ein Wechsel innerhalb der durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Assoziierungstypen ein. Das Unternehmen, das die Beteilig-

- (2) Hierunter ist ganz allgemein ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen zu verstehen, ohne daß ein bestimmter Unternehmensbegriff zugrunde gelegt wird; zu diesem vergleiche etwa Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriff, S.15 ff.; Gieseke, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, Festschrift für Ernst Heymann, Bd.II, S.112 ff.; J.v.Gierke, Das Handelsunternehmen, ZHR 111 (1948) / 1 ff.; Oppikofer, Das Unternehmensrecht, S.3 ff., insbes. S.20; Jacobi, Betrieb und Unternehmen, S.20.
- (3) In ein einzelkaufmännisches Unternehmen tritt eine weitere Person als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist ein.
- (4) Aus einer zwei- oder mehrgliedrigen Gesellschaft - OHG oder KG - scheiden alle bis auf den Übernehmer nach § 142 HGB aus.
- (5) Vgl. § 15 UmwG

ten bisher als Gesellschafter einer OHG oder als Mitglieder einer GmbH besessen und betrieben haben, gehört ihnen jetzt als Aktionären und wird in dieser neuen Organisationsform fortgeführt.

Wirtschaftlich treten im wesentlichen keine Änderungen des Unternehmens ein. Es erfährt keine Unterbrechung. Das gleiche Vermögen dient den bislang verfolgten handelsgewerblichen Zwecken in der neuen Rechtsform weiter. Durch die Umwandlung werden im Regelfalle keine neuen Vermögenswerte eingebracht, und die Gesellschafter bleiben weitgehend dieselben (1). Auch ihre Beteiligungsverhältnisse ändern sich grundsätzlich nicht. Das personale und sachliche Substrat des handelsgewerblichen Unternehmens erscheint vor wie nach der Umwandlung gleich. Man spricht von wirtschaftlicher Identität der Unternehmung (2). Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft als Unternehmensträger und wirtschaftliche Identität der handelsgewerblichen Unternehmung sind gleichsam die Tatbestandsmerkmale jeder Umwandlung von Gesellschaften auf dem Gebiet des Handelsrechts (3). Dagegen kann sich der Umwandlungsvorgang als solcher - das "Wie" des Gesellschaftsformenwechsels - rechtlich sehr verschieden vollziehen.

(1) Schumann, HR I, S.423

(2) Wygold, Diss., S.7; Funk, Diss., S.14

(3) Daher scheidet die Verschmelzung (Fusion), d.h. die Vereinigung mehrerer selbständiger Gesellschaften zu einer einzigen, die Summe der Gesellschaftsvermögen und der Gesellschafter umfassenden Gesellschaft aus dem Bereich der Umwandlung aus. Das gilt sowohl für die Verschmelzung durch Aufnahme - die eine (übertragende) Gesellschaft veräußert ihr Vermögen an die andere (übernehmende) Gesellschaft gegen Gewährung von Anteilen an dieser - als auch für die Verschmelzung durch Neubildung - jede der sich vereinigenden Gesellschaften überträgt ihr Vermögen auf eine von ihnen neu gebildete Gesellschaft gegen Anteile an dieser neuen Gesellschaft. Es gilt auch unabhängig davon, ob die Verschmelzung gesetzlich geregelt ist oder nicht (Full, DNotZ 1957 / 78). Gesetzlich geregelt ist sie nur für bestimmte Kapitalgesellschaften, §§ 233 ff. AktG. Der Sache nach denkbar ist sie für alle Gesellschaften (Lehmann, GR, S. 355; Schumann, HR I, S.418). Nur ist dann im Gegensatz zu den gesetzlich geregelten Verschmelzungsfällen die Vermögensübertragung nicht im Wege der Universalsukzession, sondern nur durch Singularsukzession möglich. Verschmelzen zwei AGen zu einer neuen dritten AG oder geht die eine AG in der anderen auf, so fehlt es bei dieser Unternehmensumgestaltung schon an einer Änderung der Gesellschaftsform des Unternehmensträ-

2) Arten der Umwandlung von Gesellschaften

Bei der Umwandlung von Gesellschaften lassen sich drei Grundprinzipien erkennen. Sie ergeben sich aus den durch das Gesetz ausdrücklich zur Verfügung gestellten und den mangels besonderer Vorschriften anzuwendenden allgemeinen Regeln des Handels- und Bürgerlichen Rechts (1).

1. Der Wechsel der Gesellschaftsform bewirkt keine Änderung der Rechtssubjektivität des Unternehmensträgers. Die Gesellschaft ist vor wie nach dem Wechsel der Rechtsform dieselbe. Die für und gegen sie unter der alten Gesellschaftsform begründeten Rechte und Verbindlichkeiten werden (bleiben) ohne weiteres für und gegen sie unter der neuen Rechtsform wirksam. Ein Vermögensübergang findet nicht statt. Die Gesellschaft wahrt ihre Identität (Identitätsumwandlung) (2).
2. Der Wechsel der Gesellschaftsform führt zu einer Änderung der Rechtssubjektivität des Unternehmensträgers. Die Gesellschaft wird aufgelöst. Eine neue Gesellschaft der beabsichtigten Rechtsform wird gegründet. Die Ge-

gers als erster Voraussetzung für eine Umwandlung (vgl. Eisner, Diss., S. 16; Günther, Diss., S. 7). Verschmilzt eine KGaA mit einer AG zu einer neuen AG oder geht eine GmbH in einer AG auf, so liegt zwar hinsichtlich der KGaA oder der GmbH eine solche Änderung der Rechtsform vor, doch wird man eine wirtschaftliche Identität der übertragenden Gesellschaft mit der übernehmenden Gesellschaft nicht mehr annehmen können (Wygold, Diss., S. 8; ähnlich Eisner, Diss., S. 17; Günther, Diss., S. 7).

- (1) Grundlegend noch immer Karl Lehmann, ZHR 50 (1901) / S. 1 ff., hier S. 42 ff., wenn sich auch die den einzelnen Prinzipien zuzuordnenden Fälle des Wechsels der Gesellschaftsform durch die Gesetzgebung weitgehend geändert und vor allem wesentlich vermehrt haben; erschöpfende systematische Übersicht bei Böttcher-Meilicke, Einführung zu Teil II in Umwandlung und Verschmelzung usw.
- (2) Auf diese Weise vollziehen sich folgende Umwandlungen: GmbH in AG, § 269 AktG, und umgekehrt, § 263 AktG; GmbH in KGaA, § 283 AktG, und umgekehrt, § 280 AktG; AG in KGaA, § 257 AktG, und umgekehrt, § 260 AktG.

Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit in AG, § 278 AktG, KGaA, § 287 AktG und GmbH, §§ 40, 42 UmwG, aber nicht umgekehrt.

OHG in KG und umgekehrt sowie GbR in OHG oder KG und umgekehrt. eGen. muH in eGen. mbH, § 143 GenG (jetzt h.L. vgl. Meyer-Meulenbergh, § 143 Anm. 1; anders noch RGZ 74/6 (8)) und umgekehrt.

sellschaft ist rechtlich gesehen nach dem Formenwechsel eine andere als zuvor. Die Rechte und Pflichten bleiben nicht ohne weiteres für und gegen sie unter der neuen Rechtsform wirksam. Sie gehen jedoch im Wege der Universalsukzession auf die neue Gesellschaft über (Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge) (3).

- (3) Auf diese Weise vollziehen sich die Umwandlungen nach dem UmwG, die aber nur zum Teil dem Tatbestand einer Umwandlung entsprechen, nämlich:
- aa) Die Umwandlung einer AG, KGaA, GmbH, Gew.o.R., Gew.m.R. in eine zu errichtende OHG, KG oder GbR, an der sich entweder alle oder mindestens die 75% des Kapitals repräsentierenden Mitglieder (Umwandlung durch Mehrheitsbeschluß) beteiligen, d.i. die sog. "errichtende Umwandlung". Das ist eine Umwandlung im tatbestandsmäßigen Sinne. Entgegen der h.M. sieht diese Fälle als Identitätsumwandlungen an Hachenburg in Dür-Hach III 3, 2 UmwG § 1 Anm.5 ("die wirtschaftliche Kontinuität ist nichts anderes als die rechtliche Identität"). Von Identität spricht auch Schumann, HR I, S.426, wobei Schulden und Vermögen nach Art der Gesamtrechtsnachfolge übergehen sollen.
 - bb) Die Umwandlung einer AG, KGaA, GmbH, Gew.m.R., Gew.o.R. in eine bereits bestehende OHG oder KG (nicht aber GbR), sofern die OHG oder KG deren alleinige Gesellschafterin oder zu mindestens 75% beteiligt (Umwandlung durch Mehrheitsbeschluß) ist, d.i. die sog. "verschmelzende Umwandlung". Sofern OHG und KG nicht reine Beteiligungsgesellschaften sind - dann liegt eine reine Umwandlung vor, Friedländer, Anleihestock, Überblick vor UmwG Anm.7 -, sondern wie regelmäßig auch ein eigenes handlungsgewerbliches Unternehmen betreiben, sind diese Umwandlungen der Verschmelzung durch Aufnahme ähnlich.
 - cc) Die Umwandlung einer AG, KGaA, GmbH, Gew.m.R., Gew.o.R., in ein Einzelgeschäft, sofern eine natürliche Person Alleingesellschafter oder zu mindestens 75% beteiligt (Umwandlung durch Mehrheitsbeschluß) ist, d.i. die sog. "Umwandlung auf den Allein- oder Hauptgesellschafter". Diese Umwandlung ist eine solche der Unternehmensform, ohne zugleich auch eine solche der Gesellschaftsform zu sein. Doch ist zu beachten: Das Gesetz spricht nicht aus, daß der Allein- oder Hauptgesellschafter eine natürliche Person sein muß. Nach h.L. kann es auch eine juristische Person sein. Damit lassen sich weitge-

3. Der Wechsel der Gesellschaftsform ist ebenfalls notwendig mit einer Änderung der Rechtssubjektivität des Unternehmensträgers verbunden. Auch hier wird die alte Gesellschaft aufgelöst und eine neue Gesellschaft der beabsichtigten Rechtsform gegründet. Doch findet nicht einmal eine Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft statt. Die Vermögensübertragung ist überhaupt nicht erleichtert. Die Haftung für die Verbindlichkeiten und der Eintritt in die Rechte vollziehen sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften des Handels- und Bürgerlichen Rechts. Es findet eine Singularsukzession statt. Übereignungen, Forderungsabtretungen und Schuldübernahme sind erforderlich. §§ 25 HGB, 419 BGB finden Anwendung usw. (Umwandlung mit Einzelrechtsnachfolge) (4).
-

hende Umwandlungsmöglichkeiten kombinieren. Einige Beispiele: Gew.o.R. in AG, KGaA oder GmbH. Die AG kauft alle oder mindestens 75% der Kuxe auf. So kann die Gew.o.R. wenigstens durch verschmelzende Umwandlung - im Prinzip handelt es sich um das gleiche wie bei den unter bb) genannten Fällen - in eine AG umgewandelt werden (während für die Umwandlung einer Gew.m.R. in eine AG Identitätswahrung vorgesehen ist und für die Verschmelzung einer Gew.m.R. mit einer AG durch Aufnahme in diese Gesamtrechtsnachfolge, §§ 253 ff. AktG).

AG, KGaA oder GmbH in eine Gew.m.R.

AG, KGaA oder GmbH in eine eGen.mBH usw.

- (4) Auf diese Weise vollziehen sich alle übrigen nicht gesetzlich besonders geregelten Fälle von sehr unterschiedlicher praktischer Bedeutung: Die Umwandlung einer OHG, KG, GbR in eine AG, KGaA, GmbH, Gew.m.R. Die umgekehrten Fälle sind die der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG.
- Die Umwandlung einer AG, KGaA, GmbH in eine Gew.m.R. (sofern nicht der Umweg über die verschmelzende Umwandlung auf den Allein- oder Hauptgesellschafter gewählt wird). Die umgekehrten Fälle sind die der Identitätsumwandlung nach dem AktG.
- Die Umwandlung einer AG, KGaA, GmbH in eine eingetragene Genossenschaft mbH und umgekehrt.
- Die Umwandlung einer OHG, KG, GbR in eine eGen.mBH und umgekehrt.
- Die Umwandlung einer Gew.o.R. in eine AG, KGaA, GmbH (sofern nicht der Umweg über die verschmelzende Umwandlung auf den Allein- oder Hauptgesellschafter gewählt wird). Hierher gehören u.a. auch solche Um-

3) Umwandlung als rechtlicher und wirtschaftlicher Begriff

a) Kein eindeutiger Rechtsbegriff

Daß sich angesichts dieser verschiedenen Möglichkeiten kein Umwandlungsbegriff gewinnen läßt, der etwas über die Art des Umwandlungsvorganges aussagt, ist unmittelbar einsichtig und wird überdies aus den Bemühungen um eine begriffliche Klärung, die sich in Gruppierungen erschöpfen, deutlich. Versteht man unter Umwandlung einer Gesellschaft die Umgestaltung ihrer rechtlichen Form ohne Rücksicht auf die Art des Formenwechsels (1), so ist die Umwandlung kein Rechtsbegriff, sondern ein wirtschaftlicher Begriff. In diesem Sinne gibt die Rechtsprechung des RG, die vor dem UmwG von 1934 und dem AktG von 1937 ergangen ist, auch den gegenwärtigen Stand des Umwandlungsrechts wieder. "Das bürgerliche und insbesondere das Handelsrecht kennt nicht einen allgemeinen Rechtsbegriff der Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere, d.h. einer Umänderung der rechtlichen Natur einer Gesellschaft bei bestehenbleibender Identität der Rechtsperson" (2). Und im Urteil vom 27.6.1930 (3) heißt es... "aus alledem ergibt sich zunächst soviel mit Sicherheit, daß der wirtschaftliche Tatbestand der Umwandlung einer Gesellschaft in eine solche anderer Rechtsform rechtlich ganz verschieden geregelt ist, mit anderen Worten, daß nach dem geltenden Recht die Umwandlung ein wirtschaftlicher, aber kein Rechtsbegriff ist."

wandlungen von Unternehmensformen, die keine Umwandlungen innerhalb von Gesellschaftsformen sind, etwa: die Umwandlung eines Einzelgeschäftes in eine AG, GmbH, KGaA, eGmbH und umgekehrt; die Umwandlung eines Einzelgeschäftes in eine OHG, KG (mit der Besonderheit des Schuldenüberganges nach § 28 HGB) oder GbR, nicht aber umgekehrt (hierfür gilt § 142 HGB, jetzt auch für die Übernahme einer GbR, vgl. BGH v.19.5.1960, BGHZ 32/307 = NJW 1960/1664, Bespr. in JuS 1961/23).

Grundsätzlich ist auch dort, wo das Gesetz eine Identitätsumwandlung oder eine solche mit Gesamtrechtsnachfolge zuläßt, nach ganz einmütiger Ansicht eine Umwandlung auf dem Wege der Auflösung, Neugründung und Vermögensübertragung durch Einzelrechtsnachfolge möglich.

- (1) Karl Lehmann, ZHR 50/1 ff. (6); Wieland, HR I, S.795.
- (2) Urt.v.26.4.1910, RGZ 74/6 ff. (8) anläßlich der Umwandlung einer OHG in eine GmbH
- (3) RGZ 129/260 ff. (267) = JW 1930/2938 ff., anläßlich der Umwandlung einer AG in eine KGaA. Diese Umwandlung war zur Zeit der Entscheidung noch nicht gesetzlich geregelt.

Doch ist diesen Entscheidungen zu entnehmen, daß das RG unter einer Umwandlung als Rechtsbegriff in erster Linie einen Wechsel der Rechtsform unter Wahrung der Identität des Rechtsträgers verstanden wissen wollte (4). In der Tat erscheint die Identitätsumwandlung als vollendetste Form jeglicher Umwandlungsvorstellungen. Sie wird daher auch in der Literatur bezeichnet als "echte" Umwandlung (5), als "Umwandlung im eigentlichen Sinne" (6), als "Umwandlung im Rechtssinne" (7) oder als "Umformung" (8). Insbesondere der letzte Ausdruck, der die Sache selbst am besten trifft, sich aber als solcher nicht eingebürgert hat, ist in dem heute allenthalben für die Identitätsumwandlung verwendeten Terminus der "formwechselnden Umwandlung" (9) enthalten. Sieht man solchermaßen das Wesentliche des Umwandlungsbegriffes in der Identitätswahrung, so stellt man ihr den Rechtsformenwechsel sowohl in der erleichterten Form der Universalsukzession als auch in der allgemeinen der Singularsukzession gegenüber und bezeichnet diese als "unechte Umwandlung" (10), als "uneigentliche Umwandlung" (11), als "Umwandlung im wirtschaftlichen Sinne" (12) oder einfach als "Umwandlung" (13), nämlich im Gegensatz zur Umformung. Eine solche Gruppierung trägt jedoch nicht recht der gesetzlichen Regelung Rechnung, die durch das UmwG von 1934 (jetzt von 1956) und schon vorher bis zum Jahre 1937 in den §§ 80, 81 GmbHG für die Umwandlung einer AG in eine GmbH die Rechtsfigur der Universalsukzession zur Erleichterung des Formenwechsels zur Verfügung gestellt und diesen Wechsel ebenfalls als Umwandlung bezeichnet hat (14). Daher wird auch anders gruppiert. Man bezeichnet die gesetzlich geregelten Fälle eines Formenwechsels sowohl unter Wahrung der

(4) RGZ 129/260 ff. (267) spricht von "echter Umwandlung"

(5) Boltz, AcP 1935/280 ff.(286); v.Godin, Vorbem.vor § 257 AktG

(6) Friedländer, Anleihestock, S.105

(7) Eisner, Diss., S.47

(8) Junck, Jher.Jahrb.77/297 ff. (302,303)

(9) Böttcher-Meilicke, Umwandlung und Verschmelzung, Einf.z.Teil II; Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81, Einleitg. zu Anh. I-III; Baumbach-Hueck, AktG, Übersicht vor §§ 257 ff. Anm.1; Baumbach-Duden, Einf. Buch II 4 C; Hueck, GR, S.221; Full, DNotZ 1957/80; Kreifels, GmbHR 1957/18; Meyer-Landrut in Großkomm.AktR vor § 257

(10) Boltz, a.a.O.

(11) Friedländer, a.a.O.

(12) Eisner, Diss., S.46

(13) Junck, a.a.O., S.299

(14) Vgl. Wortlaut des UmwG von 1934 und 1956 sowie des § 80 Abs.1 GmbHG

Identität als auch mit Gesamtrechtsnachfolge als "Umwandlung" schlechthin (15) oder als "Umwandlung im technischen Sinne" (16) oder als "Umwandlung im Rechtssinne" (17) und stellt ihnen den Formenwechsel, der sich nur vermittels Einzelrechtsnachfolge vollziehen kann, als "Umwandlung im bloß wirtschaftlichen Sinne" (18) gegenüber, der an sich keine Umwandlung sei (19).

Inhaltsreicher sind jedoch auch hier - wie schon die Bezeichnung formwechselnde Umwandlung für die Identitätsumwandlung - die am Vorgang der Umwandlung orientierten Bezeichnungen. Die Umwandlung im Wege der Singularsukzession wird auch treffend "Umgründung" (20) oder "Umwandlungsgründung" (21) genannt, während sich für den erleichterten Formenwechsel vermittels Universalsukzession der Ausdruck "übertragende Umwandlung" (22) eingebürgert hat. Indes tragen diese Benennungen ihre Logik nicht unmittelbar in sich. Auch bei der übertragenden Umwandlung kann eine "Gründung" - nämlich die Neugründung der Personalgesellschaft in den Fällen der errichtenden Umwandlung - vorliegen. Außerdem wird auch bei der Umgründung das Vermögen "übertragen". Deshalb ist die Bezeichnung "übertragende Umwandlung" nicht auf die mit Gesamtrechtsnachfolge ausgestalteten Fälle des UmwG (errichtende und verschmelzende Umwandlung) beschränkt geblieben, sondern zugleich auf den Gesellschaftsformenwechsel, der sich nur vermittels Singularübertragung des Vermögens vollziehen kann, ausgedehnt worden (23). Trotz

(15) Full, DNotZ 1957/80; Funck, Diss., S.16

(16) Baumbach-Hueck, AktG, Übersicht vor § 257 Anm.1

(17) Wygold, Diss., S.7

(18) Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11; Becker, GmbHR 1931/Sp.746; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.19; Hueck, RdOHG, S.310

(19) Full, DNotZ 1957/80; Funck, Diss., S.16

(20) Karl Lehmann, ZHR 50/3 und in Festschrift für Cohn, S.416; Baumbach-Hueck, AktG, Vorbem. vor § 257 Anm.2; Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81, Einleitg. zu Anh.I-III; Räß, DStZ 1933/154

(21) Würdinger, Gesellschaften II, S.77 und 84; Großmann, DStZ 1934/333

(22) Böttcher-Meilicke, Einf.z.Teil II, Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81, Einleitg. zu Anh.I-III; Baumbach-Hueck, AktG, Übersicht vor §§ 257 ff. Anm.1; Kreifels, GmbHR 1957/18; Meyer-Landrut, Großkomm. vor § 257

(23) Scholz, §§ 80, 81 Anm.1: Wirtschaftliche Umwandlung gleich übertragende Umwandlung; Hueck, GR, S.221. der unterteilt in wirtschaftlich über-

der weitgehend verwendeten praktikablen Einteilung - formwechselnde Umwandlung (Identitätsumwandlung), übertragende Umwandlung (Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge), Umgründung (Umwandlung mit Einzelrechtsnachfolge) - ist es doch stets erforderlich, im konkreten Falle zu klären, was gemeint ist.

b) Kein eindeutiger wirtschaftlicher Begriff

Fehlt so ein brauchbarer Rechtsbegriff der Umwandlung, so sollte man meinen, Umwandlung als wirtschaftlicher Begriff sei eindeutig. Doch auch das ist nicht der Fall. Obwohl man sich über den Tatbestand der Umwandlung von Gesellschaften und mithin über das Erfordernis wirtschaftlicher Identität im wesentlichen einig ist, läßt sich in den Einzelheiten doch kein einheitliches Bild gewinnen. Das gilt insbesondere für die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften. Die Frage nach den einzelnen Merkmalen einer wirtschaftlichen Umwandlung hat nämlich dann keine Bedeutung, wenn sich an die Unterscheidung von Umgründungen und sonstigen Neugründungen keine Rechtsfolgen knüpfen. Das ist nach dem gegenwärtigen Rechtszustand, wonach die Umgründung nur nach den allgemeinen Vorschriften vorgenommen werden kann, der Fall. Ob daher eine Umwandlung auch dann noch anzunehmen ist, wenn sich nicht alle Personalgesellschafter an der Kapitalgesellschaft beteiligen, oder wenn an der Kapitalgesellschaft auch andere Gesellschafter als die Personalgesellschafter teilnehmen, oder wenn durch einen der Personalgesellschafter oder einen neu hinzutretenden Gesellschafter eine weitere Einlage, insbesondere ein weiteres handelsgewerbliches Unternehmen eingebracht wird, oder wenn das Personalgesellschaftsunternehmen in eine bereits bestehende Kapitalgesellschaft gegen Anteile an dieser eingebracht wird, ist unterschiedlich beurteilt worden.

Alle diese Fälle werden meist als Umwandlungen im wirtschaftlichen Sinne bezeichnet. Wirtschaftliche Umwandlung wird dann als Umwandlung ohne besondere tatbestandsmäßige Eingrenzung begriffen. Nach Becker (24) "kann man von einer Umwandlung der OHG in eine GmbH im wirtschaftlichen Sinne eigentlich nur dann sprechen, wenn die Auflösung der OHG und die Errichtung der GmbH in einem äußerlich einheitlichen Rechtsakt erfolgt und die bei der aufgelösten OHG Beteiligten die allein Berechtigten bei der neuen GmbH sind".

tragend (Einzelrechtsnachfolge) und echt übertragend (Gesamtrechtsnachfolge); Kreifels, GmbHR 1957/20 "eine Art übertragende Umwandlung"; GmbH-Handbuch, S. 276

(24) GmbHR 1931/Sp. 746 im Anschluß an RGZ 74/6 (9)

Da es indes von diesen Vorgängen nicht wesentlich verschieden sei, wenn die Personalgesellschaft ihr Handelsgeschäft in eine bereits bestehende GmbH einbringe und als Entgelt dafür Geschäftsanteile an der GmbH erhalte, könne auch dieser Fall als Umwandlung einer OHG in eine GmbH bezeichnet werden. Gleiches müsse auch für den Fall gelten, daß sich an der neu zu gründenden GmbH weitere Personen mit weiteren Einlagen beteiligen. Demgegenüber wollen Baumbach-Hueck (25) anscheinend nur dann von wirtschaftlicher Umwandlung sprechen, wenn sich sämtliche Gesellschafter der Personalgesellschaft an der Kapitalgesellschaft beteiligen und die Beteiligungsverhältnisse die gleichen bleiben. Nur diese letzte Auffassung bleibt der Grundvorstellung von einer Umwandlung verbunden. Doch macht erst die Diskussion um eine erleichterte Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften eine irgendwie geartete, durch Tatbestandsmerkmale gewonnene Eingrenzung unerläßlich (26).

Indes empfiehlt es sich auch unabhängig davon, eine Grenze zu ziehen. Die Einbringung eines weiteren Unternehmens, - eines Einzel- oder Gesellschaftsunternehmens durch einen bereits beteiligten oder neu hinzutretenden Gesellschafter - stellt der Sache nach eine Verschmelzung (nämlich des Personalgesellschaftsunternehmens und des weiteren Einzel- oder Gesellschaftsunternehmens) durch Neubildung (nämlich der Kapitalgesellschaft) dar (27).

(25) AktGKomm. Vorbem.3 vor § 257

(26) Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf den umgekehrten Umwandlungsfall. Bei der übertragenden Umwandlung ist es überwiegende Ansicht, vgl. Böttcher-Meilicke, § 16 Anm.28; Crisolli-Groschuff-Kaemmel, § 9 Anm.1; KG v. 24.4.1941, HRR 1941/Nr.690 = DNotZ 1941/380; KG v. 15.4.1937, JW 1937/1992; aA Bergmann, § 9 Anm.4; Boesebeck, Betrachtungen, S.48/49, daß an der zu errichtenden Personalgesellschaft außer den bisherigen Gesellschaftern keine anderen Personen beteiligt werden dürfen. "Dem Wesen der damit zugelassenen Umwandlung entspricht es, daß sie grundsätzlich - abgesehen vom dem ausdrücklich zugelassenen Ausscheiden bisheriger Gesellschafter - nur mittels einer bloßen Änderung der rechtlichen Beziehungen der sämtlichen an dem Unternehmen beteiligten Personen zueinander vor sich geht, daß also fremde Personen an der Gründung der neu zu errichtenden Gesellschaft nicht teilnehmen können", KG v. 24.4.1941, a.a.O. Das "Wesen" der Umwandlung ist nichts anderes als die der Umwandlung zugrunde liegende Vorstellung wirtschaftlicher Identität. Mit einer rechtlichen Identität der Gesellschaft hat - wie sich aus der übertragenden Umwandlung als Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge ergibt - diese Personengleichheit nichts zu tun.

Diese Fälle kommen häufig vor (28). Sie sind keine Umwandlungen, auch nicht im bloß wirtschaftlichen Sinne. Desgleichen ist die Umwandlung der Personalgesellschaft, die ihr Unternehmen in eine bereits bestehende Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Anteilen an dieser einbringt, nichts anderes als eine Verschmelzung durch Aufnahme.

Ist die Kapitalgesellschaft wesentlich an der Personalgesellschaft beteiligt gewesen, dann liegt ein der verschmelzenden Umwandlung vergleichbarer Fall vor. Um eine Umwandlung im wirtschaftlichen Sinne handelt es sich nicht. Zweifelhaft wird dies, wenn sich die gleichen oder hinzutretenden Gesellschafter mit Bareinlagen beteiligen. Hier kann sehr wohl die wirtschaftliche Identität gewahrt sein. Insofern kann man noch von Umwandlung sprechen. Gerade diese Fallgestaltungen sind häufig. So wenn das Mindestgrund- oder Stammkapital erreicht oder die Gründerzahl zusammengebracht werden soll. Häufig beteiligt sich die umzuwandelnde Personalgesellschaft als solche an der Gründung der Kapitalgesellschaft. Für eine AG sind 5 Gründer erforderlich. Die persönlich haftenden Gesellschafter der umzuwandelnden Personalgesellschaft sind neben dieser ungeeignet, die Fünffzahl aufzufüllen (29). Es bedarf dann der Teilnahme von anderen Personen, meist Stroh Männern (30). Sie scheiden nach vollzogener Umwandlung wieder aus. In personeller und kapitalmäßiger Hinsicht hat ihre Beteiligung keinen Einfluß auf die wirtschaftliche Identität des Unternehmens.

(27) Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.19

(28) GmbH-Handbuch, S.985, Muster 27

(29) Vgl. S. 95 ff. dieser Arbeit

(30) Vgl. Kuhn, Die Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, S.23,24: Umwandlung als Motiv einer Strohmanngründung (ohne Beurteilung der Gründerfähigkeit der bereits an der Personalgesellschaft beteiligten Personen)

B. DIE ERLEICHTERTE UMWANDLUNG VON PERSONAL- IN KAPITALGESELLSCHAFTEN ALS WIRTSCHAFTLICHE NOTWENDIGKEIT UND RECHTLICHE MÖGLICHKEIT

I. Die Fragestellungen im einzelnen

Es ist heute durchaus h.L. (1), daß sich die Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich nur durch Auflösung, Neugründung und Vermögensübertragung im Wege der Singularsukzession vollziehen kann. Während das Gesetz die Umwandlung innerhalb der Kapitalgesellschaften, innerhalb der Personalgesellschaften und von den Kapitalgesellschaften in die Personalgesellschaften erleichtert hat (2), fehlen für den umgekehrten Weg ge-

- (1) Vgl. im einzelnen die Ausführungen in Teil II dieser Arbeit.
- (2) Die identitätswahrende Umwandlung innerhalb der Personalhandelsgesellschaften wurde von Lit. und Rechtspr. sehr bald nach Inkrafttreten des HGB aus den §§ 139 Abs.1, 162 Abs.3 gefolgert. Einer Mitwirkung des Gesetzgebers bedurfte es nicht (vgl. Boltz, AcP, S.286 mit Lit.). Innerhalb der Kapitalgesellschaften wurde die identitätswahrende Umwandlung erst durch das AktG 1937 zugelassen, nachdem bis dahin die Umwandlung einer KGaA in eine AG, §§ 332ff. HGB (zuvor § 206 a ADHGB) und die einer AG in eine GmbH, §§ 80, 81 GmbHG, besonderes geregelt war. Der damalige Gesetzgeber hat sich dabei vom praktischen Bedürfnis und der Gleichheit der rechtlichen Grundlage (juristische Persönlichkeit) bestimmen lassen (vgl. den durch das Reichsjustizministerium veröffentlichten Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien ... nebst erläuternden Bemerkungen, S.130, Berlin 1930). Daran hat sich auch bis zum Inkrafttreten des AktG 1937 nichts geändert, wenngleich die Umwandlung einer AG in eine KGaA als dem Führerprinzip besonders dienlich bezeichnet wurde (Lit. bei Hachenburg in Düringer-Hachenburg, § 332 Anm.2). Dagegen war die erleichterte Umwandlung von Kapital- in Personalgesellschaften nach dem UmwG 1934 vorgesehen, um "die Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung zu erleichtern" (Vorspruch des Gesetzes). Diese Tendenz ist mit dem neuen UmwG 1956 entfallen. Dieses Gesetz verfolgt allein den Zweck, den Übergang zu der am besten passenden Rechtsform zu erleichtern (vgl. Hueck, GR, S.224).

setzliche Bestimmungen. Hier klafft die empfindlichste Lücke der gegenwärtigen Umwandlungsgesetzgebung. Welche Bedeutung dieser Umwandlung zukommt, wird verständlich, wenn man berücksichtigt, daß mit der Entwicklung und dem Wachstum eines Unternehmens die Tendenz von der Personal- zur Kapitalgesellschaft einhergeht und die Umwandlung von der einen in die andere Form ein gradliniges Fortschreiten zur höheren Organisation auf der durch das Gesetz zur Verfügung gestellten "Farbenskala der Assoziierungstypen" (3) darstellt. Eine solche Umwandlung ist der Normalfall einer expandierenden Wirtschaft (4). Sie ist weit häufiger als die gesetzlich geregelte in der umgekehrten Richtung. Aus der Sicht des Aktien- wie des GmbH-Rechts ist die vom Gesetz als Regelfall angenommene Bargründung aus wilder Wurzel eine Ausnahmeerscheinung. Die Sachgründung vielmehr ist der Regelfall, wobei Gegenstände der Sacheinlage am häufigsten Handelsgeschäfte - und zwar Einzelhandels- oder Personalgesellschaftsunternehmen - sind (5). Die Sachgründungen sind überwiegend Umwandlungen im wirtschaftlichen Sinne (6), freilich in des Wortes weitester Bedeutung.

Es ist wiederholt gefordert worden, diese Lücke des Umwandlungsrechts zu schließen (7). Meist wird dabei eine Identitätsumwandlung vorgeschlagen, sei es, weil die Ausgestaltung der Umwandlung mit Hilfe eines universalsukzedierenden Vermögensüberganges als "willkürliche" (8) betrachtet oder die

(3) Boesebeck, KapKG, S.10

(4) Als Beispiele aus der jüngsten Zeit seien etwa die Umwandlungen folgender bekannter Unternehmen genannt:

Neckermann Versand KG in eine KGaA (Frankfurt); Braun OHG in eine AG (Frankfurt); Alfons Müller-Wipperfürth OHG in eine AG (Düsseldorf); Uhren-Weiß KG in eine AG (Frankfurt).

Aus dem Bankgewerbe sei etwa auf die Umwandlung des zur Oetker-Gruppe gehörigen Bankhauses Hermann Lampe KG (Bielefeld) in eine AG oder auf die Umwandlung der führenden Bremer Außenhandelsbank Neelmeyer & Co KG in eine AG oder die Umwandlung der Privatbank Gustav Mühling KG (Düsseldorf) in eine AG hingewiesen.

(5) v. Godin, § 34, Zusatz zu Anm. 2-10; Boesebeck, Soz. Praxis 1939/605

(6) Würdinger, Gesellschaften II, S. 77, und AktR, S. 113

(7) Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81, Einleitg. zu den Anh. I-III: "Teile des Umwandlungsrechts harren noch der gesetzlichen Regelung..., so die in der Praxis sehr wichtige Umwandlung einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft"; vgl. auch Kreifels, GmbHR 1957/20; Ganßmüller, GmbHR 57/93

(8) Schilling, JZ 1954/493

Rechtsfigur der Universalsukzession innerhalb des Umwandlungsrechts als "systemwidrige Zwischenlösung" (9) empfunden wird, oder weil sich eine dem § 271 AktG entsprechende Regelung anzubieten scheint (10). Doch hat die Frage einer erleichterten Umwandlung von Personen- in Kapitalgesellschaften auch schon Beachtung gefunden, als es sich hierbei noch nicht um den einzigen ungeregelten der praktisch bedeutsamen Umwandlungsfälle handelte. Seit den Zeiten des ADHGB ist die Vorstellung lebendig, daß die Umwandlung von Gesellschaften eine im Fluß befindliche und der Fortentwicklung bedürftige Rechtsmaterie darstellt (11). Müller-Erbach (12) hat im Jahre 1916 für alle Handelsgesellschaften "als ebenso einfache wie natürliche Lösung des Problems bei reinen Umwandlungen die Erhaltung des Rechtssubjekts" gefordert. Desgleichen Wieland, der hierbei die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften besonders akzentuiert und die Erhaltung der Rechtssubjektivität verfochten hat (13). Andere (14) haben eine erleichterte Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften durch Universalsukzession empfohlen und insofern der begrifflichen Trennung von Gesamthand und juristischer Person Tribut gezollt.

Die Fragen um eine erleichterte Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen. An erster Stelle stehen jene nach dem wirtschaftlichen Bedürfnis für eine Erleichterung. Sie sind nach der handels- und steuerrechtlichen Seite hin zu unterscheiden. Gegenwärtig wird die Umwandlungserleichterung vorwiegend als Steuererleichterung gefordert (15). Eine Steuererleichterung unabhängig von einer handelsrechtlichen Erleichterung, desgleichen ein Umwandlungsteuergesetz als Stimulans zu einer handelsrechtlichen Erleichterung, wobei die Verminderung der steuerlichen Belastung nicht unmittelbar aus der Vereinfachung der handelsrechtli-

(9) Ganßmüller, a.a.O.

(10) Kreifels, a.a.O.

(11) Vgl. z.B. Karl Lehmann, ZHR 50/46 einerseits und Ganßmüller, GmbHR 1957/93 andererseits.

(12) ZHR 61/401

(13) HR I, S. 799 und 817 ff.

(14) Feine, S. 677

(15) Vgl. z.B. FAZ v. 8.11.63, Nr. 266 (Wie konnte es zu den Stinnes-Affären kommen?) und vom 26.10.63, Nr. 249 (3 Fragen zum Fall Stinnes) sowie Blick durch die Wirtschaft vom 13.4.1964, Nr. 86, Neuer Stil im alten Familienbetrieb, XXVI

chen Vorgänge bei der Umwandlung folgt (16), ist zwar jederzeit möglich, für das Handelsrecht aber uninteressant. Daher zielt die erste Frage dahin, ob und inwieweit eine Umwandlung nach dem Prinzip der Identität oder der Gesamtrechtsnachfolge gegenüber der nach dem Grundsatz der Singularsukzession die handelsrechtlichen Vorgänge bei der Umwandlung erleichtern würde und inwieweit eine Verbilligung - und zwar nicht nur im Hinblick auf die außersteuerliche, sondern insbesondere auch auf die steuerliche Belastung - die Folge wäre (darüber unter II).

Zum zweiten sind es die wesensmäßigen Unterschiede von Personal- und Kapitalgesellschaften nach ihrem gesetzlichen Normalstatut, mit denen sich eine erleichterte Umwandlung auseinanderzusetzen hat. Auf die Ausgestaltung einer solchen Umwandlung nach dem Prinzip der Universalsukzession üben sie wohl keinen Einfluß aus. Die umgekehrten Fälle des UmwG beweisen es. Um so mehr beeinflussen sie indes die Vorstellungen von einer Umwandlung durch Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft (darüber unter III).

Zum dritten ist für die erleichterte Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften die Frage gestellt, ob eine besondere gesetzliche Grundlage notwendig oder entbehrlich ist. Der Auffassung, eine erleichterte Umwandlung sei grundsätzlich nur in den Fällen zulässig, in denen das Gesetz dies ausdrücklich vorgesehen habe, steht die Ansicht gegenüber, daß dies nur für die Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge, nicht aber für jeden Gesellschaftsformenwechsel unter Wahrung der Identität der Gesellschaft gelte (darüber unter IV).

Diese Fragen sollen dargestellt werden, bevor auf die konstruktiven Einzelheiten der Umwandlung im Wege der Auflösung, Neugründung und Vermögensübertragung eingegangen wird. Dabei genügt es hier, von der Vorstellung einer Vermögensübertragung der Personal- auf die Kapitalgesellschaft unmittelbar durch Singularsukzession auszugehen. Denn die hier aufgeworfenen Fragen erscheinen gleichsam als Voraussetzung zum Verständnis der verschiedenen, aus dem Mangel einer besonderen gesetzlichen Umwandlungsregelung folgenden Umwandlungskonstruktionen. Sie stehen im engsten Zusammenhang mit den allgemeinen Grundsätzen des Umwandlungsrechts. Sie geben Einblick in die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Umwandlung. Sie gründen

(16) So hat nicht schon das UmwG von 1934 bzw. 1956 allein, sondern erst zusammen mit dem ihm jeweils korrespondierenden Umwandlungssteuergesetz (das UmwStG vom 11.10.1957, BGBl.I, S.1713 war befristet bis zum 31.12.1959) die zahlreichen Umwandlungen von Kapital- in Personengesellschaften ausgelöst.

auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Unterschieden von Personal- und Kapitalgesellschaften.

Dagegen soll hier keine Entscheidung darüber getroffen werden, ob bereits de lege lata die Konstruktion einer erleichterten Umwandlung - wobei ohne besondere gesetzliche Regelung nur eine Identitätsumwandlung in Betracht käme - möglich ist.

II. Rechtliche und wirtschaftliche Vorteile einer erleichterten Umwandlung

Wenn vom wirtschaftlichen Bedürfnis für eine erleichterte Umwandlung die Rede ist, so bezieht sich dies allein auf den Umwandlungsvorgang. Daß für die Umwandlung als solche aus meist schwerwiegenden Gründen ein Bedürfnis bestehen kann - etwa zur Regelung der Nachfolgefrage und des Erbganges, zur Risikobeschränkung, zur Finanzierung durch Teilnahme am Kapitalmarkt usw. - ist selbstverständlich (1) und wird daher vorausgesetzt, wohingegen für eine Umwandlung ausschließlich aus Gründen der unterschiedlichen laufenden Besteuerung beider Gesellschaftsformen (2) heute kaum mehr ein Bedürfnis be-

- (1) Die Gründe korrespondieren mit den rechtlichen und wirtschaftlichen Unterschieden beider Gesellschaftsformen. Ausführliche Darstellung der Gründe, welche zur Umwandlung einer OHG oder KG in eine AG führen: Max Kruk, Neuer Stil im alten Familienbetrieb V (Blick durch die Wirtschaft v. 27.1. 1964, Nr.22) und VI (v. 30.1.1964, Nr.25); Hesselmann, GmbH u. Co. Handbuch, S.38 ff. in instruktiver Gegenüberstellung der Gründe, die einerseits zur Umwandlung der Personalgesellschaft in eine GmbH, andererseits in eine GmbH & Co. KG führen können; Neitzel, Diss., S.33, in Gegenüberstellung von Vollumwandlung der Personalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft und von Teilumwandlung zur Betriebsaufspaltung; Tietze, Diss., S.4 ff.
- (2) Die Gewinne einer Personalgesellschaft sind von ihren Gesellschaftern nach dem progressiven Einkommensteuertarif (der in der Spitze 53% beträgt) zu versteuern. Der Unternehmensgewinn wird dabei zwar einheitlich festgestellt, den Gesellschaftern aber anteilig zugerechnet. Die so ermittelten Gewinne der einzelnen Gesellschafter unterliegen dem progressiven Einkommensteuersatz unabhängig davon, ob sie entnommen oder im Betrieb belassen werden. Auch Vergütungen für die persönliche Tätigkeit im Unternehmen bilden stets Teil des gewerblichen Gewinnes. Anders

stehen dürfte (3). Die erleichterte Umwandlung soll sowohl die handelsrechtlichen Vorgänge vereinfachen - insbesondere die Singularsukzession vermeiden - als auch die daran anknüpfenden Kosten und die Besteuerung des Umwandlungsvorganges verringern, sie soll die "unnütze und kostspielige Einzelübertragung" (4) überflüssig machen.

bei den Kapitalgesellschaften. Ihr Gewinn unterliegt - sofern er nicht ausgeschüttet wird - unabhängig von der Höhe dem festen, nicht progressiv gestalteten Körperschaftsteuersatz von 51% bei nichttarifbegünstigten Kapitalmarktgesellschaften und 49% bei personenbezogenen Kapitalgesellschaften. Der ausgeschüttete Teil des Gewinns muß doppelt versteuert werden. Er unterliegt bei den Gesellschaftern der Einkommensteuer (Einkünfte aus Kapital). Diese Doppelbesteuerung wird durch eine Spaltung des Körperschaftsteuersatzes gemindert. Soweit der Gewinn ausgeschüttet wird, beträgt die Körperschaftsteuervorbelastung nicht 51% bzw. 49%, sondern nur 15% bzw. 26,5%. Die im Betrieb der Kapitalgesellschaft tätigen Gesellschafter können von der Kapitalgesellschaft angemessene (andernfalls verdeckte Gewinnausschüttung) Gehälter beziehen, die bei der Kapitalgesellschaft als Betriebsausgaben abzugsfähig sind und daher deren Gewinn verringern. Bei den Gesellschaftern unterliegen diese Gehälter wieder der Einkommensteuer.

- (3) Daß auch steuerliche Gründe die Wahl der Gesellschaftsform und die Frage der Umwandlung beeinflussen, ist allenthalben festzustellen. Steuerliche Belastungsvergleiche zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften (vgl. Schulte-Steinberg, Die Steuerberatung 1960/78 ff.; Dahlheimer, DStZ 1949/263 ff.; Zartmann, BB 1948/548 ff.; Neitzel, Diss., 1958/55 ff. unter Einschaltung der Doppelgesellschaft; Furtwängler, Diss. 1949, mit 217 rechnerischen Beispielen; weitere Lit. bei Brönnner, Besteuerung, S.46; der Wert aller Vergleiche wird durch die wechselnden Tarife eingeschränkt) versuchen auf die immer wiederholte Frage nach der steuerlich günstigsten Rechtsform eine Antwort zu geben. In dem Maße, in dem seit Kriegsende die übermäßige progressive Besteuerung des Einkommens (im Jahre 1947 bis zu 95%) abgebaut und in der Spitze dem konstanten Körperschaftsteuertarif angenähert wurde, hat auch die Welle der Umwandlungen von Personal- in Kapitalgesellschaften oder Doppelgesellschaften abgenommen. In der gegenwärtigen Steuergesetzgebung ist eine eindeutige Besserstellung der einen oder anderen Rechtsform weder zu erkennen noch beabsichtigt (Brönnner, Besteuerung, S.47). Es fehlt nicht an Stimmen, die davor warnen, bei der Auswahl der Rechtsform steuerliche Belange übermäßig zu

1) Zur Vereinfachung handelsrechtlicher Vorgänge

Für die Auflösung und Vollbeendigung einer Personalgesellschaft bestehen im Gegensatz zu der einer Kapitalgesellschaft keine zwingenden Liquidationsvorschriften. Die Art der Auseinandersetzung bleibt den Gesellschaftern überlassen. Der Gläubigerschutz wird durch deren fortdauernde persönliche Haftung erreicht. Ein Sperrjahr, wie bei der Liquidation einer AG oder GmbH, §§ 213 AktG, 73 GmbHG, braucht nicht eingehalten zu werden. Im Hinblick darauf ist ausgeführt worden, daß die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften keine rechtlichen Schwierigkeiten aufwerfe (1), daß für diesen Umwandlungsfall die allgemeinen Vorschriften durchaus genügten (2) und daß für eine Erleichterung nicht so sehr ein wirtschaftliches Bedürfnis bestünde (3). Sieht man zunächst von der an die Singularsukzession anknüpfenden Kostenfolgen ab, so ist durchaus zutreffend, daß sich bei der Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften durch Auflösung und Neugründung keine solchen wirtschaftlichen Schwierigkeiten ergeben haben, wie dies bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in andere Gesellschaftsformen der Fall gewesen ist, solange auch dafür nur der Weg über die Auflösung und Neugründung zur Verfügung stand. Die durch die Einhaltung eines Sperrjahres bedingte Gefahr, daß die werbende Tätigkeit der Gesellschaft lahmgelegt wird (4), be-

betonen oder ihnen gar ausschlaggebenden Einfluß einzuräumen (Brönnert, Besteuerung, S.49; Zitzlaff, StuW 1951/Sp.330; Zartmann, a.a.O.)

(4) Wieland, HR I, S.822

(1) Junck, Jher.Jahrb. 77/300

(2) Karl Lehmann in Festschrift für Cohn, S.416

(3) Funk, Diss., S.55

(4) Die Übertragung des Vermögens der aufgelösten Kapitalgesellschaft an eine aus ihren Gesellschaftern gebildete Personal- oder andere Kapitalgesellschaft vor Ablauf eines Jahres kann eine unzulässige Auskehrung des Vermögens an die Gesellschafter sein, so generell Ganßmüller, GmbHR 1957/86 für die Umwandlung einer Kapital- in eine Personalgesellschaft, wenn nicht der Weg der Gesamtrechtsnachfolge über §§ 6, 7 UmwG gewählt wird; differenzierend Eisner, Diss., S.84, 85; vgl. auch KG v. 18.7.1940, HRR 1940/1126 für die Umwandlung einer AG in eine GmbH, wenn nicht der Weg der Identitätsumwandlung nach AktG beschritten wird: die an sich vorliegende Vermögensverteilung ("da die Übertragung des Vermögens der AG auf die GmbH für Rechnung der Aktionäre, nämlich in Anrechnung auf deren Stammeinlage" erfolge) ist doch

steht hier nicht. Es kommt regelmäßig nicht zu einer "ernsthaften ökonomischen Schädigung der Beteiligten durch die Versilberung der Vermögenswerte und die Auflösung des Unternehmens" (5), nicht zu einer "den Verlust der Geschäftsverbindungen herbeiführenden und andere Werte zerstörenden Liquidation" (6), wie dies verallgemeinernd für jede Umwandlung im Wege der Auflösung und Neugründung unter Singularsukzession angeführt wird (7).

Jedoch ist die Umwandlung im Wege der Singularsukzession umständlich. Außerdem hat sie auch mißliche Konsequenzen neben der ganz im Vordergrund stehenden Kostenfrage. Beispielhaft seien hiervon die folgenden Einzelheiten hervorgehoben.

Ohne Schwierigkeiten gestaltet sich die Übertragung beweglicher Sachen und einfacher Forderungen. Jene gehen durch Einigung und Übergabe, diese durch Zession über. Durch die Formlosigkeit der Übertragungshandlungen vollzieht sich dieser Übergang mehr denkgesetzlich als in tatsächlichen Handlungen (8). Förmliche Übertragungshandlungen müssen dagegen tatsächlich vollzogen werden. Bei Grundstücken bedarf es der notariellen Auflassung und der Eintragung ins Grundbuch, bei Briefhypotheken einer regelmäßig notariell beglaubigten Abtretungserklärung und der Briefübergabe, sofern nicht an deren Stelle Grundbucheintragung tritt, bei Buchhypotheken der Einigung und Eintragung im Grundbuch, bei Orderpapieren der Indossierung, bei GmbH-Anteilen eines notariellen Abtretungsvertrages usw. Das erscheint überflüssig. Jede Form der erleichterten Umwandlung würde diese Übertragungshandlungen entfallen lassen.

Bei der Umgründung gehen unübertragbare Rechte unheilbar unter. So der Nießbrauch, § 1059 BGB, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, § 1092 BGB und das persönliche sowie subjektiv persönliche Vorkaufsrecht,

zulässig. Die Frage hat angesichts der erleichterten Umwandlungsbestimmungen für diese Fälle kaum mehr praktische Bedeutung.

- (5) Karl Lehmann, ZHR 50/11
- (6) Müller-Erzbach, ZHR 61/406
- (7) Eisner, Diss., S.43; Günther, Diss., S.4
- (8) Häufig finden sich daher etwa folgende oder ähnliche Formulierungen in den Gesellschaftsverträgen: "Die dinglichen Rechtsübertragungen hinsichtlich der eingebrachten Vermögenswerte (desgleichen die Übernahme der Verbindlichkeiten) gilt, soweit es hierzu außer den Einbringungs- und Übernahmevereinbarungen keiner besonderen Rechtshandlungen bedarf, als am 30.4.1963, 24 Uhr, erfolgt." Dasselbe gilt hinsichtlich der Übergabe beweglicher Sachen.

§§ 514, 1098 BGB (9). Sie müssen neu begründet werden. Diese Konsequenzen könnten mangels einer ausdrücklich anderen gesetzlichen Regelung (10) nur durch die Annahme einer Identität zwischen beiden Gesellschaftsformen überwunden werden (11).

Der Übergang der Arbeits- und Angestelltenverhältnisse von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft wird zwar im Ergebnis regelmäßig durch das dem Arbeitsrecht eigene Rechtsinstitut der Betriebsnachfolge erreicht. Jedoch soll bei einer Betriebsveräußerung - zumindest im Grundsatz - weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer verpflichtet sein, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (12). Für eine Umgründung ist das wenig sinnvoll. Es besteht kein Bedürfnis dafür, dem nur der Rechtsform nach neuen Arbeitgeber das Recht einzuräumen, die

-
- (9) Grundstücksgesellschaften (in der Form einer KG geführt, nicht selten mit völlig freier Veräußerlichkeit der Kommanditanteile, vgl. Würdinger, Arbeitsberichte, S.49) lassen sich häufig Nießbrauchrechte und Vorkaufsrechte bestellen. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten für Gesellschaften finden sich z.B. als Abbaugerechtigkeiten, als Rechte, Leitungen und Rohre über fremde Grundstücke zu führen usw.
- (10) Für die Fälle der Umwandlung nach dem UmwG (Universalsukzession) ist der Übergang durch das Gesetz über die Veräußerung von Nießbrauchrechten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten vom 13.12.1935 (im Anschluß an das UmwG 1934) und für Vorkaufsrechte durch eine DVO v. 15.1.1944 ausdrücklich angeordnet worden. Die Vorschriften finden sich heute in den §§ 1059 a, 1092 II und 1098 III BGB.
- (11) Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf ein Urteil des RG vom 1.4.1940, DR 1940/1319 ff.: Ein Landkreis und eine Gemeinde hatten eine Kanalgesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet, für die an bestimmten Grundstücken subjektiv persönliche Vorkaufsrechte eingetragen worden waren. Der Landkreis wurde aufgelöst und die Gemeinde mit einer anderen zu einer neuen Stadtgemeinde zusammengelegt. Streitig war, ob der Stadtgemeinde die Vorkaufsrechte zustanden. In dem bejahenden Urteil finden sich u.a. folgende bemerkenswerte Ausführungen: "Ob gegenüber einem wirtschaftlichen Bedürfnis nach Fortbestand des Vorkausrechtes und gegenüber der wirtschaftlichen Einheit des aufgelösten und des übernehmenden Rechtsträgers der rechtskonstruktiv sich ergebende Wechsel des Rechtssubjektes ein starker Beweisgrund ist, kann ebenfalls zweifelhaft sein. Doch braucht für das Gebiet des Privatrechts ... nicht Stellung genommen zu werden."
- (12) Reiche Literatur bei Nikisch I, S.659 und Hueck-Nipperdey, S.467

Übernahme von Arbeitsverhältnissen abzulehnen. Das gilt unabhängig davon, wie man sonst die Arbeitsverhältnisse bei Betriebsveräußerungen an Dritte behandeln will (13). Auch für die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften ist allein der Fortbestand oder der gesetzliche Übergang der Arbeitsverhältnisse, wie dies bei den formwechselnden (14) oder übertragenden (15) Umwandlungen der Fall ist, angemessen (16).

Da die Umgründung eine Veräußerung ist, gehen die für das Unternehmen der umzuwandelnden Personalgesellschaft abgeschlossenen Versicherungen kraft Gesetzes mit der Unternehmensübertragung auf die Kapitalgesellschaft über, §§ 69, 151 VVG. Es ist aber eine aus der Singularsukzession folgende, jedoch für die Umwandlung unangemessene Konsequenz, daß sowohl die Kapitalgesellschaft wie auch der Versicherer berechtigt ist, das Versicherungsverhältnis zu kündigen, § 70 VVG. Die Umwandlung ist daher nicht selten von einer der Vertragsparteien dazu benutzt worden, sich vom Vertrage zu lösen oder neue Konditionen auszuhandeln (17).

Ist die Personalgesellschaft Mieterin und benutzt sie die Räumlichkeiten nach einer Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft in gleicher Weise weiter, so stellt sich die Frage, ob nunmehr die Kapitalgesellschaft Mieterin ist oder ob eine Gebrauchsüberlassung an Dritte und wenn ja, ob eine befugte oder unbefugte (dann Kündigungsrecht des Vermieters nach §§ 549, 553 BGB) vorliegt. Der BGH (18) hat nunmehr (19) entschieden, es sei "keine vertragswidrige Ge-

- (13) Schon bei einer Betriebsveräußerung an Dritte treten gewichtige Stimmen entgegen der h.L. für einen zwingenden gesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse ein, vgl. besonders Nikisch, S.659 mit weiterer Lit.
- (14) Hueck-Nipperdey, S.521 Anm.26 und Nikisch I, S.656
- (15) Vgl. Hueck-Nipperdey, S.521 und Nikisch I, S.657
- (16) Im übrigen erlöschen bei der Umwandlung nach den allgemeinen Vorschriften - auch wenn die zugrunde liegenden Angestelltenverhältnisse nach der Betriebsveräußerung weiter wirken - erteilte Vollmachten und Prokuren (vgl. von Godin, AcP 147/42); sie müssen neu bestellt werden.
- (17) Vgl. Ehrenzweig, S.426, "Ausspannung".
- (18) Urt. v. 22.1.1955, NJW 1955/1066
- (19) Nachdem zunächst schon im Eintritt eines weiteren Gesellschafters in eine OHG eine zur Kündigung berechtigende Gebrauchsüberlassung gesehen wurde (Prozeßrichterliche Vereinigung Groß-Berlin, JW 1925/2209), hat auch das LG Köln, Urt.v.15.6.1948, MuW Bd.1/54 ff. in der Umwandlung einer OHG in eine KG trotz der Identität der Gesellschaft im Wechsel der Ge-

brauchsüberlassung, wenn Räume, die zu gewerblichen Zwecken an eine OHG vermietet worden sind, von dieser einer ausschließlich von den Gesellschaftern zur Fortführung des Gewerbes begründeten und unter ihrer alleinigen Geschäftsführung stehenden GmbH überlassen werden⁷.

Die aus der Umwandlung hervorgehende Kapitalgesellschaft als solche wird jedoch nicht zur Mieterin (20). Sie bleibt ein - wenn auch befugter - Dritter. Die Gesellschafter haften nicht nur 5 Jahre lang für die vor der Umwandlung fälligen Mietraten, § 159 HGB, sondern werden immer neu verpflichtet (21). Über die Zweckmäßigkeit dieser Auffassung, insbesondere wenn später ein Anteil an der GmbH von einem der Gesellschafter veräußert wird, läßt sich streiten.

2) Zur Verringerung der Umwandlungskosten

Die Umgründung ist mit erheblichen Kosten verbunden. Berechnungen haben ergeben, daß sie bis zu 10% des in Aussicht genommenen Stamm- oder Grundkapitals ausmachen können. Diese hohen, wenn auch einmaligen Kosten sind

sellschaftsform eine Gebrauchsüberlassung an Dritte gesehen, sie aber wegen des gleichen Gesellschaftszweckes und der Personengleichheit der Gesellschafter (keine Interessengefährdung) für befugt erklärt und ein Kündigungsrecht versagt. Hierzu Weimar, GmbHR 1954/170: die Prüfung der Interessenbeeinträchtigung sei überflüssig. Wegen der Identität der Gesellschaften liege schon keine Gebrauchsüberlassung an einen Dritten vor. Ebenso Brandner, NJW 1960/128; Roquette, Mietrecht, S.169. Dagegen sollte in der Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft wegen des Wechsels der Rechtspersönlichkeit eine unbefugte Gebrauchsüberlassung liegen (KG GrundE 25/1254: Umwandlung OHG in AG).

- (20) Das betont unter dem Gesichtspunkt mangelnder Identität beider Gesellschaften insbesondere Roquette, a.a.O. Ebenso schon Weimar, GmbHR 1954/170 (mit weiterer Lit.) wegen Interessengefährdung. Es entfalle eine persönliche Haftung des Mieters; gem. § 13 Abs.II GmbHG könne sich der Vermieter nur an das Gesellschaftsvermögen halten, wodurch seine Interessen auf entscheidende Weise berührt würden.
- (21) Gerade auch deshalb - neben der Gleichheit des wirtschaftlichen Zweckes und der Gleichheit der Gesellschafter beider Gesellschaften - hält der BGH die Gebrauchsüberlassung für eine befugte: die gleichen Vermögensmassen - nämlich das Privatvermögen unmittelbar und das Gesellschaftsvermögen über die zum Privatvermögen gehörenden Anteile mittelbar - hafteten dem Vermieter weiterhin.

ein Hindernis für die Umwandlung. Ihr Einfluß darf jedoch nicht überschätzt werden. Ist die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft für die umzuwandelnde Gesellschaft geboten, dann werden die Kosten die Umwandlung selten verhindern (1). Sie sind indes häufig geeignet, eine Vollumwandlung in die Bahn der Betriebsaufspaltung (Teilumwandlung) abzudrängen (2).

Die mit der Umwandlung verbundenen Kosten sind steuerlicher und außersteuerlicher Art.

a) außersteuerliche Kosten

Bei den außersteuerlichen Kosten handelt es sich insbesondere um Notariatsgebühren, Gerichtsgebühren (Kosten für Handelsregister- und Grundbucheintragungen), Kosten für die Veröffentlichungen, für die Herstellung von Aktienurkunden, Aufwendungen für Gründungsprüfungen usw. Bei den steuerlichen sind es vorwiegend die Verkehrssteuern, die ins Gewicht fallen (3).

(1) Neitzel, Diss., S.63; Furtwängler, Diss., S.135

(2) Vgl. S. 92 dieser Arbeit

(3) Als Beispiel sei zunächst die Zusammenstellung der Gründungskosten einer AG, die im Jahre 1962 aus einer OHG hervorgegangen ist, wiedergegeben. Das Grundkapital der AG betrug 12 Mio, das auf diese Grundkapitalziffer eingebrachte bilanzmäßige Vermögen der OHG 20 Mio (Agio also 66 2/3%). Die Zusammenstellung findet sich in einer Anlage zum Gesellschaftsvertrag. Sollen die Gründungskosten von der Kapitalgesellschaft getragen werden - was die Regel ist -, so muß zumindest der Gesamtbetrag in der Satzung festgesetzt sein, da die Gründungskosten nach h.L. Entschädigungen der Gründer für die Gründung gem. § 19 Abs.2 AktG darstellen (vgl. Fischer in Großkomm. § 19 Anm.10).

1. Notariatskosten (Höchstwert 10 Mio)

§§ 39 IV, 36, 44, 47 KostO ca. DM 30.100,--

2. Gerichtskosten, Eintragung in das Handelsregister, § 26 KostO

ca. DM 20.000,--

3. Kosten der Gründungsprüfung

ca. DM 10.000,--

4. Gesellschaftssteuer auf Grundkapital von 12 Mio und auf die darüber hinausgehenden Buchwerte der Sacheinlage, abzügl. Gründungskosten, 2,5 %

ca. DM 500.000,--

5. Gesellschaftssteuer auf die stillen Reserven der Sacheinlagen in Höhe von 2,5 %

Die außersteuerlichen Kosten sind gegenüber den steuerlichen von geringer Bedeutung. Sie entstehen z.T. so, daß die Art der Umwandlung auf sie keinen Einfluß hat. So die Kosten für den Gesellschaftsvertragsentwurf, für die Veröffentlichungen, für die Gründungsprüfung, für den Druck der Aktienurkunden. Aber auch dort, wo sie an die Umwandlungskonstruktion anknüpfen, etwa die Kosten der Grundbuchumschreibung (4), der Handelsregistereintragung (5) oder der notariellen, für die Umwandlung erforderlichen Beurkundungen (6), werden sie im Verhältnis zu den Steuern kaum die Notwendigkeit einer erleichterten Umwandlung begründen können.

6. Aktiendruck, kleinere Kosten und
Unvorhergesehenes für 5. und 6. ca. DM 240.000,--
Diese Zusammenstellung läßt sich noch
ergänzen.
 7. Sind in dem eingebrachten Vermögen
Grundstücke enthalten, so fällt noch
6% Grunderwerbssteuer an.
 8. Hinzu treten die Kosten der Auflassung und
der Grundbuchumschreibung.
 9. Auch Umsatzsteuer fällt - soweit Verbind-
lichkeiten übernommen werden - an.
 10. Häufig sind neben den Notariatskosten noch
Rechtsanwaltsgebühren für den Gesellschafts-
vertragsentwurf zu entrichten, § 118 GebO, hier ca. DM 11.000,--
- (4) Hierzu vgl. OLG Celle v. 27.1.1953, BB 1953/336 = Ndsächs.Rpfl.1953/
68 (volle Gebühren nach § 60 KostO und nicht ein Viertel nach § 67 KostO,
da Umwandlung einer KG in eine GmbH unter Wahrung der Identität nicht
möglich sei. Auch eine Gesamtrechtsnachfolge ließe übrigens die volle
Gebühr entstehen, vgl. Beushausen, S.372).
- (5) Eintragungen formwechselnder und übertragender Umwandlungen sind spä-
tere Eintragungen (ohne bestimmten Geldwert) i.S.d.§ 26 KostO (vgl.
Lappe-Stöber, S.64/65), die nur die Hälfte der Eintragsgebühren ge-
genüber der Umwandlung einer Personalgesellschaft in eine Kapitalgesell-
schaft, die als Ersteintragung (mit bestimmtem Geldwert) gilt (vgl. Lappe-
Stöber, S.52), hervorrufen.
- (6) Vgl. z.B. einerseits § 39 IV KostO, andererseits § 47 KostO

b) Steuerliche Kosten

Inwieweit dagegen eine erleichterte Umwandlung - etwa unter Wahrung der Identität oder mit Gesamtrechtsnachfolge - eine verringerte Besteuerung bedeuten würde, hängt davon ab, inwieweit das Steuerrecht nach seinen einzelnen Steuertatbeständen und nach der ihm eigenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus der vorgegebenen handelsrechtlichen Konstruktion steuerliche Folgen ziehen könnte. Das ist immer zu bedenken, wenn eine erleichterte Umwandlung gefordert wird. Hierzu soll folgendes hervorgehoben werden (7).

Die sogen. Besitzsteuern (Einkommensteuer, Gewerbesteuer, Vermögenssteuer, Körperschaftssteuer) üben auf die Umgründung keinen Einfluß aus. Vermögenssteuer, Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer fallen nicht an. Einkommensteuer ist vermeidbar. Sie stehen daher auch einer handelsrechtlich erleichterten Umwandlung indifferent gegenüber.

Vermögenssteuerpflichtig (8) ist nicht die Personalgesellschaft als solche, sondern es sind ihre Gesellschafter gemäß ihren Anteilen am Betriebsvermögen, § 67 Ziff.3 Satz 2 BewG. Daher ändert sich an ihrer persönlichen Vermögenssteuerpflicht schon insofern nichts, als sie bei gleichbleibendem Betriebsvermögen nach der Umwandlung nunmehr mit ihren Kapitalgesellschaftsanteilen der Vermögenssteuer unterliegen. Es ist lediglich, da die Kapitalgesellschaft auch als solche vermögenssteuerpflichtig ist und daher von der Umwandlung an eine Vermögensdoppelbesteuerung eintritt, der genaue Zeitpunkt für den Beginn dieser Doppelbesteuerung wesentlich. Das betrifft jedoch die laufende Besteuerung. An den Umwandlungsvorgang selbst knüpft die Vermögenssteuer nicht an. Ebensowenig die Körperschaftssteuer. Auch hier ist nur bedeutsam, von welchem Zeitpunkt an der Gewinn des umzuwandelnden Unternehmens nicht mehr der Einkommensteuer bei den Gesellschaftern, sondern der Körperschaftssteuer bei der Kapitalgesellschaft unterliegt. Einkommensteuer kann zwar durch den Umwandlungsvorgang ausgelöst werden. Doch läßt sich die bei den Umwandlungen gefürchtete einkommensteuerpflichtig-

(7) Übersicht über die Besteuerung des Umwandlungsvorganges insbesondere Heilmann, Blick durch die Wirtschaft v. 9.4.64, Nr.83 (Folge XXV) und vom 13.4.1964, Nr.86 (Folge XXVI) Neuer Stil im alten Familienbetrieb; Brönner, Besteuerung, S.856 ff.

(8) Zur Vermögenssteuer bei der Umwandlung vgl. Brönner, Besteuerung, S. 862; Furtwängler, Diss., S.124; Räß, Die vermögenssteuerlichen Auswirkungen der Umwandlung einer OHG in eine GmbH, DStZ 1983/154 ff.

tige Gewinnrealisierung vermeiden. Nach durchaus h.L. (9) entsteht bei den das Betriebsvermögen in die Kapitalgesellschaft gegen Anteile einbringenden (veräußernden) Gesellschaftern dann kein einkommensteuerpflichtiger Veräußerungsgewinn, wenn sie an der Kapitalgesellschaft nicht nur unwesentlich beteiligt sind (d.h. nicht nur einen nicht ins Gewicht fallenden Einfluß auf die Kapitalgesellschaft haben) und die Buchwerte des eingebrachten Vermögens in der Kapitalgesellschaft als Ausgangswerte weiterführen (d.h. die Werte der Schlußbilanz der Personalgesellschaft in die Einbringungsbilanz und die Eröffnungsbilanz der Kapitalgesellschaft einsetzen und damit evtl. stille Reserven in die Kapitalgesellschaft mit hinübernehmen, ohne dafür Anteile zu erhalten). Das ist der Regelfall in der Umwandlungspraxis (10). In Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird darin die Weiterführung des bisherigen Unternehmens in veränderter Form gesehen, wobei die erworbenen Anteile das eingebrachte Vermögen repräsentieren (wirtschaftliche Identität). Damit wird von der Notwendigkeit einer Gewinnrealisierung bei der rechtlich vorliegenden Veräußerung des Betriebsvermögens an die Kapitalgesellschaft, § 16 EStG, abgesehen und die evtl. spätere Veräußerung der Anteile als gewerbliche Veräußerung i.S. d. § 16 EStG aufgefaßt (11). Gewerbesteuer entsteht durch den Umwandlungsvorgang nicht. Auch dann nicht, wenn stille Reserven realisiert werden, also ein Veräußerungsgewinn erzielt wird. Denn dieser Veräußerungsgewinn ist nicht durch eine gewerbliche Tätigkeit i.S.d. GewStG entstanden. Zwar ist nach § 7 GewStG der Gewinn nach den Vorschriften des EStG oder KStG zu ermitteln, und nach § 16 EStG liegt ein einkommensteuerpflichtiger Gewinn vor, weil die Veräußerung den letzten Akt der gewerblichen Tätigkeit der Personalgesellschaft darstellt. Doch würde die Gewerbesteuerung dieses Gewinns dem Charakter der Gewerbesteuer als Sachsteuer widersprechen. Denn die Besteuerung des Ertrages eines Betriebes setzt das Vorhandensein eines sol-

(9) RFH Urt. v. 9.5.1933, RStBl.1933/999; RFH Bescheid v. 12.4.1934, RStBl. 1934/838; RFH Urt. v. 21.7.1937, RStBl. 1937/997; BFH Urt. v. 24.3.1959, BStBl.III, 1959/289 = DB 1959/813; Urt. v. 28.7.1960, BStBl.III, 1960/403

(10) Die Gewinnrealisierung kann jedoch auch Vorteile gegenüber der Fortführung der Buchwerte haben, vgl. Heilmann, Neuer Stil im alten Familienbetrieb, Folge XXV, Blick durch die Wirtschaft Nr.83.

(11) Im einzelnen vgl. Brönner, Besteuerung, S.813 ff. und 856 ff. sowie die dort zitierte reichhaltige Literatur; Friedrich, DB 1962/313; Heilmann, a.a.O.

chen voraus. Das Entstehen und das Verschwinden eines Betriebes können daher nicht Gegenstand der Gewerbesteuer sein (12).

Die sogen. Verkehrssteuern (Umsatzsteuer, Grunderwerbssteuer, Kapitalverkehrssteuer) fallen bei den Kosten einer Umgründung entscheidend ins Gewicht.

Besonderen Anteil an den Kosten hat bis zum Urteil des BFH vom 20.2.1958 (13) die Umsatzsteuer gehabt. Da diese Umsatzbesteuerung die Konsequenz aus einer von der Finanzrechtsprechung auf nahezu alle Umwandlungsfälle angewandten Umwandlungskonstruktion gewesen ist und der Kampf gegen die Umsatzsteuer eine umfangreiche Literatur zu den Umwandlungskonstruktionen auf den Plan gerufen hat, sind die konstruktiven Fragen im Teil II dieser Arbeit (14) dargestellt. Zum kostenrechtlichen Ergebnis sei hier nur so viel erwähnt: Mit dem Urteil entfiel die Vorstellung, die umzuwandelnde Personengesellschaft müsse ihr Vermögen zunächst zu Bruchteilseigentum an ihre Gesellschafter auskehren, damit diese ihren Einbringungsverpflichtungen gegenüber der von ihnen gegründeten Kapitalgesellschaft nachkommen könnten. Es wurde vielmehr die direkte Übertragung des Vermögens von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft zur Erfüllung der von den Gesellschaftern eingegangenen Einlageverpflichtungen steuerlich anerkannt. Damit entfiel der umsatzsteuerpflichtige Vorgang der Vermögensverteilung an die Gesellschafter. Die früher weiter angenommene Übertragung von den Gesellschaftern auf die Kapitalgesellschaft war nach § 4 Ziff.9 UStG umsatzsteuerfrei. Das gilt nunmehr für die direkte Übertragung von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft, da dieser Umsatz der Gesellschaftssteuer unterliegt.

Nicht unbestritten ist aber, daß die Übertragung des Vermögens direkt von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft einen nach § 4 Ziff.9 UStG in vollem Umfange umsatzsteuerbefreiten Vorgang darstellt, so daß die Umwandlung im Ergebnis überhaupt keine Umsatzsteuer auslöst. Nach § 4 Ziff.9 UStG sind Umsätze, die der Gesellschaftssteuer unterliegen, umsatzsteuerbefreit. Die Einbringung geschieht im Ganzen gesehen zwar ausschließlich gegen Gewährung von Anteilen und unterliegt daher der Gesellschaftssteuer. Sie soll jedoch insoweit nicht gegen die Gewährung von Anteilen erfolgen und daher nicht um-

(12) RFH Urt. v. 1.12.1937, RStBl. 1938/356; RFH Urt. v. 21.5.1940, RStBl. 1940/667; BFH Urt. v. 25.5.1962, BStBl. III 1962/438; Brönner, Besteuerung, S.860.

(13) BStBl. III 1958/271

(14) S. 65 ff. dieser Arbeit

satzsteuerbefreit sein, als mit der Übertragung des Vermögens von der Kapitalgesellschaft Schulden übernommen werden. Insoweit soll vielmehr die Übertragung entgeltlich erfolgen, wobei das Entgelt in der Schuldbefreiung gesehen wird (15). Besteht also ein Betriebsvermögen aus 500.000 DM Aktiven und 100.000 Passiven und werden den Gesellschaftern daher für 400.000 DM Anteile gewährt, so soll von den übertragenen 500.000 DM Wirtschaftsgütern für 1/5 Umsatzsteuer zu zahlen sein. Dagegen sind mit Recht Bedenken geltend gemacht worden (16). Auch der Bundesfinanzhof (17) scheint die Auslegung des § 4 Ziff.9 UStG in dem Sinne, daß das Entgelt bei der Übernahme von Verbindlichkeiten in einer Schuldbefreiung gesehen wird, abzulehnen (18). Zwar wird die volle Umsatzsteuerfreiheit in den Fällen der Umwandlung nicht nur - wie die unterschiedlichen Auslegungen der Befreiungsvorschrift des § 4 Ziff.9 UStG zeigen - durch eine erleichterte, etwa identitätswahrende Umwandlungskonstruktion zu erreichen sein (19), doch würde aus einer Identitätsumwandlung der Wegfall jeglicher Umsatzsteuer zwingend folgen. Denn dann fehlt der Anknüpfungspunkt für einen steuerbaren Umsatz.

In gleicher Weise wie bei der Umsatzsteuerrechtsprechung hatte der BFH auch in seiner Grunderwerbssteuerrechtsprechung die Bruchteilseinbringungstheorie angewandt (20). Ebenso wie dort hat er sie nunmehr auch hier aufgegeben (21). Auch hier liegt also regelmäßig kein steuerlich doppelter Erwerbs-

-
- (15) Diese Ansicht wird insbesondere von vielen OFDn vertreten, Nachweise bei Glöggler, GmbHR 1960/109 ff., Heilmann, a.a.O., Uhl, GmbHR 1963/193 ff.; zustimmend Plückebaum, Tz 872; Uhl, a.a.O.; vgl. auch Brönnner, Besteuerung, S.865 u. 820
- (16) vgl. Heitmann, Umsatzsteuerfreiheit bei Einbringung von Gegenständen des Betriebsvermögens in eine Kapitalgesellschaft, UStR 1959/153 u.186; Glöggler, a.a.O.
- (17) Urt.v.15.3.1962, Steuerrechtskartei § 1 Ziff.1 R 219 = UStR 1962/181
- (18) Auseinandersetzung mit dieser Rspr. bei Heilmann, Neuer Stil usw. Folge XXVI, Blick durch die Wirtschaft v. 13.4.1964, Nr.86 (zustimmend); Uhl, a.a.O. (ablehnend)
- (19) Ganßmüller, GmbHR 1957/94, dessen Ausführungen noch vor dem für die Umsatzsteuerrechtsprechung grundlegenden Urteil des BFH vom 20.2.58 gemacht sind, sieht für die Praxis den Wegfall der Umsatzsteuer als wesentlichste Konsequenz der von ihm vertretenen Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften an.
- (20) BFH Urt. v. 30.10.1957, FR 1958/161 R 1871 = GmbHR 1958/92
- (21) BFH Urt. v. 14.3.1961, BStBl.III 1961/213

vorgang - von der Personalgesellschaft zu Bruchteilseigentum auf ihre Gesellschafter und von diesen auf die Kapitalgesellschaft -, sondern nur noch ein einziger von der Personalgesellschaft auf die Kapitalgesellschaft vor. An dem Maß der Besteuerung hat sich jedoch für den Regelfall nichts geändert. Denn gerade umgekehrt wie im Umsatzsteuerrecht war hier der erste, nunmehr weggefallene Erwerbsvorgang - von der Personalgesellschaft zu Bruchteilseigentum auf ihre Gesellschafter - steuerbefreit, § 6 GrEStG (22). Der andere und heute direkte Übertragungsvorgang von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft unterliegt gem. §§ 1, 2 GrEStG der Grunderwerbssteuer. Sie beträgt, da und insoweit die Übertragung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt, statt 3% nur 2%, § 13 Abs.2 GrEStG. Mit den Zuschlägen ergeben sich jedoch immer 6% (23). Diese 6% Grunderwerbssteuer werden neben der Gesellschaftsteuer erhoben. Das ist eine eminente Belastung der Umwandlung. Man hat von einem geradezu prohibitiven Charakter dieser Steuer für die Umwandlung gesprochen. Ein umfangreicher Grundbesitz wird daher, wenn er die Umwandlung nicht gänzlich hindert, so doch häufig zur Betriebsaufspaltung führen. Die Grundstücke werden nicht mit in die Kapitalgesellschaft eingebracht. Sie verbleiben der umzuwandelnden Personalgesellschaft, die insoweit als Besitzgesellschaft - GrundstücksOHG oder GrundstücksKG - fortbesteht und die Immobilien an die Betriebskapitalgesellschaft verpachtet (24). Eine allein zum Zwecke der Kostenersparnis in der Betriebsaufspaltung steckengebliebene Umwandlung kann sich auf die Dauer als Organisationsfehler der gesamten Unternehmung auswirken. Vor allem bei der Grunderwerbssteuer würde eine erleichterte Umwandlung, und zwar eine Identitätsumwandlung, eine erhebliche Steuerersparnis mit sich bringen. Mit der Identität von umzuwandelnden

(22) Eine Grunderwerbssteuerbefreiung tritt dann ein, wenn das Grundstück von einer Gesamthand in das Miteigentum der an der Gesamthand beteiligt gewesen Personen übergeht und der Bruchteil am Grundstück dem ehemaligen Anteil an der Gesamthand entspricht. Diese Voraussetzung lag (jetzt kommt es darauf nicht mehr an) bei Umwandlungen regelmäßig vor. Fehlte sie, oder hatte einer der Gesamthänder seinen Anteil an der umzuwandelnden Personalgesellschaft innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Umwandlung erworben, § 6 Abs.4 GrEStG, dann kam eine solche Befreiung nicht in Betracht. Der Umwandlungsvorgang wurde doppelt zur Grunderwerbssteuer herangezogen.

(23) § 15 StVVO v. 14.9.1944 (RGBl. I, S. 205): nämlich 2% anstelle der Wertzuwachssteuer u. 2% Zuschlag für die Stadt u. Landkreise gem. § 13 Abs.3 GrEStG.

(24) näher hierzu S. 88 dieser Arbeit

der und aus der Umwandlung hervorgegangener Gesellschaft fällt jeglicher Erwerbsvorgang i.S.d. § 1 GrEStG als Anknüpfungspunkt für die Besteuerung weg. Sie wäre ebenso unmöglich wie bei einer Umwandlung innerhalb der Personalgesellschaften oder innerhalb der Kapitalgesellschaften. An den konstruktiven Weg einer Universalsukzession würde indes die Besteuerung anknüpfen. Der Übergang des Eigentums ist ein Erwerbsvorgang i.S.d. § 1 Ziff.3 GrEStG (25).

Der bedeutsamste steuerliche Posten ist bei fast allen Umwandlungen die Kapitalverkehrs (Gesellschafts)steuer in Höhe von 2,5% des wirklichen (nicht Buch-) Wertes der Sacheinlage (Vermögen der Personalgesellschaft). Da die Steuer die Bindung von Kapital bei Unternehmen bestimmter Rechtsform erfaßt, lösen Änderungen dieser Rechtsformen grundsätzlich Steuerpflicht aus, weil das Kapital im Rahmen der neuen Rechtsform von neuem gesellschaftlich gebunden wird (26). Es ist mehr als zweifelhaft, ob eine erleichterte Umwandlung diese Steuer entfallen lassen würde. Für den konstruktiven Weg über eine Universalsukzession müßte dies wohl verneint werden. Doch auch bei Wahrung der Identität kann wohl nichts anderes gelten. Zwar entfällt die Gesellschaftssteuer bei den Identitätsumwandlungen des Aktienrechts (27). Doch würden bei Annahme einer Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften gegenüber diesen Fällen erhebliche wirtschaftliche und steuerpolitische Unterschiede bestehen bleiben. Die Bindung von Kapital hat bei den Identitätsumwandlungen des Aktienrechts schon einmal - nämlich bei Gründung der umzuwandelnden Rechtsform - der Gesellschaftssteuer unterlegen. Die Gründung einer Personalgesellschaft dagegen unterliegt keiner Gesellschaftssteuer (28). Der Umgehung der Gesellschaftssteuerpflicht wären Tür und Tor durch den Weg über eine vorangestellte Personalgesellschaft mit anschließender Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft geöffnet. Das dürfte entscheidend sein (29).

(25) Daher fällt, nachdem das Umwandlungssteuergesetz vom 11.10.1957 außer Kraft getreten ist, bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personalgesellschaft nach dem UmwG v. 1956 Grunderwerbssteuer an, vgl. Brönnner, Besteuerung, S.907.

(26) Brönnner, KapVStG 1956, § 2 Anm.1

(27) Brönnner, KapVStG, § 2 Anm.1; vgl. auch zur Gesellschaftssteuerpflicht und Wahrung der Identität, Großmann, DStZ 1934/333

(28) Brönnner, Besteuerung, S.651

(29) Der BFH, BStBl.III 1954/304, hatte einmal einen vergleichbaren Fall zu entscheiden. Eine Gewerkschaft alten Rechts, die nach überwiegender An-

III. Die Unterschiede zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften im Hinblick auf eine Identitätsumwandlung

Daß die Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft nur unter Auflösung, Neugründung und Vermögensübertragung vor sich gehen könne, vermag nach den modernen Erkenntnissen des Handelsrechts keineswegs mehr allein damit überzeugend begründet zu werden, daß Personalgesellschaften

sicht eine Gesamthandsgemeinschaft ist (vgl. S.58 dieser Arbeit), war in eine Gewerkschaft neuen Rechts, die eine juristische Person darstellt, umgewandelt worden. Die Vorinstanz hatte hier eine Identitätsumwandlung angenommen (die Frage ist umstritten, es geht um die Auslegung des § 235 a ABG, wonach eine Satzungsänderung genügt; für Identität: Böttcher-Meilicke, S.43; Miesbach-Engelhardt, S.530; Ganßmüller, GmbHR 1957/90; gegen Identität: Müller-Erbach, S.287; für Gesamtrechtsnachfolge: Ebel-Weller, § 235 a Anm.2) und als Folge davon die Gesellschaftssteuerpflicht verneint. Der BFH lehnte dies ab. Er begründete seine Entscheidung zwar ausschließlich damit, daß es unmöglich sei, eine nicht rechtsfähige Personenvereinigung unter Wahrung der Identität in eine Vereinigung mit juristischer Persönlichkeit umzuwandeln und hielt diesen Unterschied auch für entscheidend gegenüber dem Einwand, eine Bindung des Kapitals habe ja schon vor der Umwandlung der Besteuerung unterlegen (Gewerkschaften alten Rechts sind nach § 5 Abs.2 Ziff.3 KapVStG gesellschaftssteuerpflichtig). Er führte vielmehr aus: "Die Kapitalverkehrssteuer als Rechtsverkehrssteuer erfaßt bestimmte einzelne Rechtsvorgänge des Kapitalverkehrs. Die Steuerpflicht wird also auch ausgelöst, wenn ein Zusammenschluß des Kapitals bereits erfolgt ist, die Ausbeutung des Kapitals nunmehr jedoch in einer anderen subjektiven Verknüpfung erfolgt."

Damit sollte jedoch weder gesagt sein, daß es auf die Frage, ob die Bindung des Kapitals vor der Umwandlung schon einmal der Besteuerung unterlegen hat, überhaupt nicht ankomme, noch, daß jede handelsrechtliche Identitätsumwandlung die "gleiche subjektive Verknüpfung" i. S. d. KapVStG bedeute und einen gesellschaftssteuerlichen Tatbestand entfallen lasse. Ganz im Gegenteil. Man wird dieser Rspr. vielmehr entnehmen müssen, daß mit einer Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften noch nicht allzu viel gewonnen wäre. Eine solche kann zwar auf die Relativität der Unterscheidung von Gesamthand und juristischer Person aufbauen (vgl. S. 34 ff. dieser Arbeit). Ob sie damit jedoch schon das allerdings et-

Gesamthandsgemeinschaften, Kapitalgesellschaft dagegen juristische Personen sind (1), oder daß es sich beim Übergang von der OHG oder KG zur GmbH, AG oder KGaA "im Grunde um schroffe Gegensätze in den Gesellschaftstypen, um einen vollkommenen Wechsel der gesellschaftlichen Grundlagen in interner und externer Hinsicht handelt" (2). Gleichwohl finden sich die so gearteten Begründungen auch heute noch in Schrifttum und Rechtsprechung (3), soweit diese Begründungen nicht überhaupt nur auf das Fehlen einer gesetzlichen Regelung abstellen.

Es verspricht keinen Erfolg, die Organisationsformen in ein streng gegliedertes System einzuordnen - was sich angesichts der Vielfalt des wirtschaftlichen Lebens immer nur als annähernd möglich erweist (4) -, und daraus begriffliche Erkenntnisse für die Umwandlung zu gewinnen. Handelt es doch bei der Einteilung der Organisationsformen in Personal- und Kapitalgesellschaften ei-

was formalistische Argument "unterschiedlicher subjektiver Verknüpfung" aus dem Wege geräumt hätte, ist zweifelhaft. Entscheidend aber dürfte die klar erkennbare innere Logik des Urteils sein: Wenn schon ein Gesellschaftsformenwechsel mit vorgegebener Besteuerung der Kapitalbindung eine erneute Besteuerung nicht ausschließt, dann erst recht nicht der Wechsel zu einer gesellschaftssteuerpflichtigen Unternehmensform, wenn die Kapitalbindung überhaupt noch nicht besteuert wurde.

- (1) so RG 74 (1910)/6 (9): "Hält man auch die Umwandlung der rechtlichen Natur einer juristischen Person in eine andere rechtliche Natur derselben juristischen Person für möglich, so ist dasselbe doch ausgeschlossen, wo es sich nur um die Umwandlung der wirtschaftlichen Zusammenfassung mehrerer aus natürlichen Personen bestehender Rechtssubjekte in eine GmbH, also in eine juristische Person, handelt."
- (2) Karl Lehmann, ZHR 50 (1901)/20
- (3) Hueck, RdOHG, S.353; Wygold, Diss. 1954, S.22, unter Hinweis auf Lehmann, a.a.O.; BFH Urt. v. 18.8.1954, BStBl.III 1954/304: "Diese Ausführungen (gemeint sind diejenigen der Vorinstanz zu § 235 a ABG) übersehen, daß im Streitfall die Umwandlung einer Altgewerkschaft, die keine juristische Person ist, in eine juristische Person (Neugewerkschaft) erfolgt. Ist die Verfassungsänderung aber derart, daß ein Rechtsgebilde mit Rechtsfähigkeit entsteht, das vorher noch nicht vorhanden war, so hat sich ein Vermögensübergang von einer Person oder Personenmehrheit auf eine neue (juristische) Person vollzogen. Eine solche Vermögensumschichtung schließt die Nämlichkeit beider Gesellschaften aus."
- (4) Boesebeck, Kap.KG, S.10

nerseits, Gesamthänderschaften und juristische Personen andererseits nur um "Betrachtungen der gleichen Organisationsformen aus unterschiedlich gewählten Blickwinkeln" (5).

- 1) Keine grundsätzlichen Gegensätze zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften und juristische Personen sowie als individualgesellschaftliche und körperschaftliche Organisationsformen

Der angebliche Gegensatz zwischen Gesamthand und juristischer Person, den man sich als die dualistische Betrachtungsweise zu bezeichnen angewöhnt hat und der heute weitgehend in der Theorie - aber nicht in seinen praktischen Auswirkungen, wie die fortgeführten Begründungen zur Umwandlung zeigen - überwunden ist, geht auf den Streit zwischen der romanistischen Fiktionstheorie und der germanistischen Theorie von der realen Verbandsperson zurück (1). Es kann nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, sich mit dem Wesen der juristischen Person und dem der Gesamthand auseinanderzusetzen. Die Literatur hierzu ist nahezu unübersehbar (2). Es mag genügen, daß nicht nur Betrachtungen aus der Sicht der Fiktionstheorie (3), sondern auch Untersuchungen vom Standpunkt der Theorie von der realen Verbandsperson aus (4) zu der Erkenntnis geführt haben, daß es einen grundsätzlichen Gegensatz zwischen Gesamthand und juristischer Person nicht gibt (5). Methodisch stehen sich die Wege von beiden Positionen aus nahe (6). Die Personenvereinigungen und insbeson-

(5) Boesebeck, a.a.O.

(1) Lehmann, GR, S.18-21, gibt einen kurzen und klaren Überblick über die juristische Persönlichkeit nach den Gesichtspunkten der Fiktionstheorie und denen der Theorie von der realen Verbandsperson; vgl. auch Siebert, DJZ 1935/Sp.713 ff. Einen knapp zusammenfassenden Überblick über die historische Entwicklung der realen Verbandsperson und ihrer juristischen Persönlichkeit i.S. der Genossenschaftstheorie enthält die Darstellung Beyerle's im Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd.II, S.534 ff.

(2) Zusammenstellung der Literatur über juristische Persönlichkeit bei Staudinger-Coing, Einleitung vor §§ 21 ff.; Zusammenstellung der Vielzahl der Theorien zum Wesen der juristischen Person bei Wolff, Organschaft und juristische Person, Bd.I.

(3) Insbesondere Wieland, HR I, S.396 ff.

(4) Insbesondere Schreiber, S.12 ff.

(5) Boesebeck, Kap. KG, S.11.

(6) Düringer-Hachenburg, § 124 Anm.1

dere die Assoziierungstypen des Handelsrechts lassen sich in der Tat auf erfolgversprechendste Weise dadurch miteinander vergleichen, daß man die Ausgestaltung der einzelnen Organisationselemente wie Haftung, Vertretung, Stellung im Prozeß, Willensbildung, Veräußerlichkeit der Anteile usw. durch die verschiedenen Gesellschaftstypen verfolgt. Diese Betrachtung muß unabhängig davon, welche Theorie über das Wesen der juristischen Person man vertritt, zu der Erkenntnis führen, daß die Assoziierungstypen im Verhältnis einer die Gesamthänderschaften und juristischen Personen in gleicher Weise überspannenden Stufenfolge stehen (7). Mit Recht werden - ohne dem Theorienstreit allzu große Bedeutung beizumessen - die Unternehmensformen mit einer Farbenskala verglichen, an deren einem Ende die AG und deren anderem die OHG steht und bei der sich überall kaum merkliche Übergänge finden (8). Ob man aus dieser Stufenfolge auf die Richtigkeit der Fiktionstheorie schließt (9) oder sich mit der Feststellung begnügt, daß der Begriff der juristischen Person für privatrechtliche Körperschaften des deutschen Rechts weder inhaltlich scharf bestimmt noch scharf begrenzt sei (10), ist für die übereinstimmende Erkenntnis, daß juristische Persönlichkeit mehr als Eigenschaft des Verbandes denn als ein Grundprinzip der Verbandsstruktur zu betrachten ist und daher für die Organisation eines Verbandes, aber auch für die Entscheidung anderer Streitfragen aus ihr nichts geleitet werden kann (11), von untergeordneter Bedeutung.

Im übrigen haben auch die Vertreter der Theorie von der realen Verbandsperson die Stufenfolge der Verbände weder übersehen noch geleg-

-
- (7) Wieland, HR I, S.427 und 403 ff.; Schreiber, S.31 ff. (37); Müller-Freienfels, AcP 1956/527; Rhode, Juristische Person und Treuhand, S.13 und 169 ff. sowie DJZ 1935/Sp.1210
- (8) Boesebeck, Kap. KG, S.10; Hueck, GR, S.9
- (9) Wieland, HR I, S.433
- (10) Schreiber, S.37; daß es den Einheitsstypus der juristischen Person nicht gibt, wird überwiegend anerkannt; vgl. Müller-Freienfels, AcP 156/526 ff. und 531 ff.; Fabricius, S.103 ff.
- (11) Wieland, HR I, S.434: "Aus der juristischen Persönlichkeit läßt sich überhaupt nichts ableiten, sondern es läßt sich vermittels ihrer nur unter einer einheitlichen Formel zusammenfassen, was anderwärts eine sachliche Rechtfertigung erfahren hat."; ebenso warnt Schnorr v. Carolsfeld, S.82, Note 1, davor, aus dem Begriff der juristischen Person etwas abzuleiten, "was nicht in ihm selbst enthalten ist, sondern lediglich in den anderen, unter diesem Begriff geordneten Dingen".

net (12). Gleichwohl haben sie die begriffliche Trennung (13) der Personenvereinigungen in zwei große Gruppen - nämlich die körperschaftlich strukturierten juristischen Personen und die als Gesellschaften im engeren Sinne organisierten Gesamthandsgemeinschaften - in dieser Stufenfolge erkennen zu müssen geglaubt. Sie haben diese Trennung unter dem Gesichtspunkt der Einheit und Vielheit gewonnen. Personenvereinigungen, bei denen die Vielheit der Mitglieder hinter der Zusammenfassung in der Vereinigung zurücktritt (Einheitsprinzip), wurden als juristische Persönlichkeiten solchen Vereinigungen als Gesamthandsgemeinschaften gegenübergestellt, bei denen die Rechtsbeziehungen an die Vielheit der Mitglieder anknüpften. Wie es schon der Ausdruck "reale Verbandsperson" nahelegt, wurde mit der juristischen Persönlichkeit eine bestimmte Organisation verbunden. Das führte zu der irrigen Gleichstellung von juristischer Persönlichkeit und Körperschaft (14).

Gegenwärtig ist es die Besinnung auf die Funktion der Rechtsfähigkeit, die den Dualismus überwindet (15). Man hat erkannt, daß die juristische Persönlichkeit "kaum mehr ist als eine Denkform der Juristen, dazu bestimmt, die völlig durchgeführte Verselbständigung einer haftenden Vermögensmasse klar zu machen" (16). Auch bei den Personalhandelsgesellschaften (Gesamthandsgemeinschaften) liegen verselbständigte Vermögensmassen vor. Nur der Grad der Verselbständigung ist verschieden (17). Daß mit der zunehmenden Verselbständigung des Vermögens die Tendenz zur körperschaftlichen Organisation einhergeht, ist zwar unbestreitbar. Die Stufenfolge der Gesellschaftsformen erweist es. Wie wenig aber eine bestimmte Organisation für den Begriff der juristischen Persönlichkeit erforderlich ist, zeigen die Einmangengesellschaften und die Stiftungen. Die heutige Anschauung über das Wesen der juristischen Persönlichkeit weist daher in Richtung der Fiktionstheorie, ohne freilich den

(12) vgl. schon O.v.Gierke, Dtsch.PrivatR I (1895), S.482 mit Verweisung auf sein Genossenschaftsrecht; besonders Feine, S.49.

(13) "Ein scharfer begrifflicher Einschnitt", Gierke, a.a.O., S.481, den Wieland als "undurchdringliche Scheidewand", HR I, S.400, kritisiert.

(14) Haupt-Reinhardt, GR, S.21

(15) Auf die seit Jahrzehnten in der Theorie erkennbare Tendenz, die Kontroverse zwischen Fiktionstheorie und Theorie von der realen Verbandsperson durch eine "Klärung der Fragestellungen" aufzulösen, hat schon Kunkel, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd.4, S.562, hingewiesen.

(16) Boesebeck, Kap.KG, S.10; ebenso Lehmann, GR, S.21; Haupt-Reinhardt, GR, S.22

(17) Boesebeck, a.a.O.

Personalgesellschaften juristische Persönlichkeit zuzuerkennen (18). Die Gesamthand wird im Verhältnis zur juristischen Person als eine mindere Form der Verselbständigung des Verbandsvermögens gegenüber den Mitgliedern begriffen. Daß sich die OHG bzw. KG der juristischen Person stark annähert, wurde und wird allenthalben betont.

Wie wenig überdies auch die nunmehr vom Begriffspaar Gesamthand und juristische Person abgehobene Unterscheidung individualgesellschaftlicher und körperschaftlicher Organisation für sich einen Gegensatz zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften zu begründen vermag (19), beweisen die Annäherungen, die man mit den Begriffen "kapitalistische KG" (20) und "personalistische GmbH" (21) zu umreißen pflegt. Auch aus diesem Blickwinkel gibt es nur fließende Grenzen (22).

Durch vertragliche Ausgestaltung sowohl von seiten der Personalgesellschaft als auch von seiten der Kapitalgesellschaft kann es zu einer Annäherung der

- (18) wie Wieland, HR I, S.417 ff.; Kohler, ZHR 74/459 und besonders AcP 40/229 ff.
- (19) vgl. etwa zur Überwindung der Gegensätzlichkeit in den Begriffen Verein und Gesellschaft J.v.Gierke, ZHR 119/141 ff.; Lehmann, GR, S.1 ff.
- (20) Hierzu besonders Flechtheim, Die kapitalistisch ausgestattete Personengesellschaft; Boesebeck, Die kapitalistische KG; Plum, Der fortschreitende Strukturwandel der Personalgesellschaft durch Vertragsgestaltung, Festschrift, S.137 ff. jeweils mit weiterer Lit. Außerdem Bruckhaus, Die körperschaftsähnliche Kommanditgesellschaft, Diss., Köln 1942; Schröder, Die organisatorische Annäherung der Kommanditgesellschaft an die Struktur der Kapitalgesellschaft, Diss., Köln 1952; Mühling, Die kapitalistische KG, Diss., München 1954; Wagner, Der Ausbau des Einflusses des Kommanditisten bis zur beherrschenden Stellung und dessen Auswirkung auf seine Haftung, Diss., Münster 1961.
- (21) Robert Fischer, Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, in Festschrift für W.Schmidt, S.117 ff.; ders., JZ 1953/131 ff.; Buchwald-Tiefenbacher, S.51 ff. in Auseinandersetzung mit Fischer, a.a.O.; Hallstein, Die GmbH in den Auslandsrechten, Zeitschrift f.ausl.u.internat. PrivatR 1938/39, S.341 ff. (besonders 372 ff.); Klausning, Die Neuordnung der GmbH, Arbeitsberichte der Akademie für deutsches Recht, Heft 5, 1938; Petersen, Die personengesellschaftliche Struktur der GmbH, Diss., Kiel 1954.
- (22) vgl. etwa die treffende Formulierung, der Unterschied zwischen Körper-

beiden Gesellschaftsformen kommen, "die so weit geht, daß im praktischen Ergebnis grundsätzliche Gegensätze aufgehoben sind" (23, 24). Diese Annäherung ist von seiten der Personalgesellschaften wesentlich stärker, da die hier bestehende Vertragsfreiheit die Ausgestaltung der Gesellschaftsform in nahezu unbeschränktem Maße zur Disposition der Gesellschafter stellt (25). Sie gipfelt in

schaft und Gesellschaft sei ein quantitativer, kein qualitativer, so Schilling, JZ 1953/489 ff.; ähnlich schon Rhode, DJZ 1935/1207 (1210).

(23) Plum, a.a.O., S.146

(24) In diesem Zusammenhang ist die Erkenntnis geläufig, daß der Qualifizierung als Gesamthand oder juristische Person keine unterscheidende Kraft zukommt. Wäre das der Fall, so würden die kapitalistische KG und die personalistische GmbH keine Besonderheiten aufweisen. Denn die kapitalistische KG kann auch durch größte vertragliche Kunststücke nicht zur juristischen Person gemacht werden (Boesebeck, Kap.KG, S.10).

Im übrigen herrscht über die Abgrenzung, insbesondere das entscheidende Kriterium, von Personal- und Kapitalgesellschaften Streit (Zusammenstellung bei Petersen, Diss., S.1-7). Die Begriffe sind erst von der Wissenschaft herausgearbeitet worden. Man hat sie gewonnen, indem man das gesetzliche Normalstatut der OHG dem der AG gegenübergestellt und in den wesensmäßigen Unterschieden der gesetzlichen Regelung die wesensmäßigen Unterschiede von Personal- und Kapitalgesellschaften überhaupt erkannt hat (Gegenüberstellungen bei Plum, a.a.O., S.144; Hueck, GR, S.6). Die weitestgehende Billigung hat wohl jene Ansicht gefunden, die das entscheidende Kriterium in der den Personalgesellschaften eigenen Selbstorganschaft gegenüber der die Kapitalgesellschaften auszeichnenden Drittorganschaft sieht (Wieland, HR I, S.474; Boesebeck, S.14). Jedenfalls ist es die Organschaft - nämlich "wenn persönlich haftende Gesellschafter von Selbstunternehmern und Selbstorganen zu geschäftsführerähnlichen Drittorganen einer körperschaftlich organisierten Unternehmensgemeinschaft werden" (Boesebeck, S.17,18) - in der überwiegend die reine Personalgesellschaft von der kapitalistischen KG unterschieden wird, ebenso Schlegelberger-Geßler, § 161 Anm.31; Plum, a.a.O., S.149.

(25) vgl. RGZ 36/60: Eine als OHG betriebene Gewerbebank mit 159 Gesellschaftern; oder RGLZ 1914/1030, Nr.5: Eine OHG mit 48 Mitgliedern, Generalversammlung, Geschäftsführer und Verwaltungsrat; oder BFH Urt. v. 4.11.1958, BStBl.III 1959/50: Eine KG mit 52 Kommenditisten und stillen Gesellschaftern, Generalversammlung und Aufsichtsrat, einem persönlich haftenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter ohne Ein-

der handels- und steuerrechtlich anerkannten (26) GmbH & Co KG (27), der prägnantesten Erscheinungsform einer kapitalistischen KG. Auch in umgekehrter Richtung kann die Annäherung außerordentlich weit gehen (28). So insbesondere bei Ausgestaltung einer GmbH, die nicht nur eine kleine AG ist, sondern einem Zuschnitt des Gesellschaftsvertrages auf die Person des Gesellschafters weitgehend Raum gibt.

Das Fehlen grundsätzlicher Gegensätze - sowohl was die Verselbständigung des Vermögens als auch die sonstige Organisation anbetrifft - kann als gesicherte Erkenntnis gelten. Geblieben ist die Zweifelsfrage, ob die Unterscheidung von Personalgesellschaften und Kapitalgesellschaften gleichwohl dogmatischen Wert hat (29).

2) Folgerungen der Literatur für eine Identitätsumwandlung

Es liegt nahe, die Erkenntnis fehlender Gegensätzlichkeit von Gesamthand und juristischer Person für die Umwandlung fruchtbar zu machen (1). Das ist auch versucht worden. Das Fehlen grundsätzlicher Gegensätze ist aber nur die Voraussetzung für jede Vorstellung von einer Identitätsumwandlung. Sie folgt

lagen und Kapitalkonto, mit einem vom Aufsichtsrat festgesetzten Gehalt und einer zusätzlichen Vergütung von 1% der erzielten Umsätze, ohne Beteiligung am Verlust im Innenverhältnis; Verträge vgl. bei Boesebeck, S.83 ff.; weitere Nachweise bei Plum, a.a.O., S.151.

(26) Hesselmann, Handbuch der GmbH & Co, S.3 ff.

(27) vgl. auch Zartmann, BB 51/736 ff.; Veranlassung zur Bildung einer GmbH & Co KG (bzw. AG & Co KG) kann auch die Vermeidung der Grunderwerbssteuer bei vollständiger Umwandlung einer OHG oder KG in eine GmbH oder AG sein (Zartmann, a.a.O., S.738). Häufig sind diese Fälle jedoch nicht. Die Betriebsaufspaltung ist dafür die weit gebräuchlichere Rechtsfigur.

(28) R.Fischer, GmbHR 1953/131

(29) Verneinend C.Fischer, StuW 1949/986; bejahend Ballerstedt, S.6, Fußn.10.

(1) "Im Grunde ist der umständliche Weg, der für die Umgründung regelmäßig nötig ist, nur die Folge einer Überspannung, ja ... Verkennung des Wesens der juristischen Person im geltenden Privatrecht... Es wäre nach rein privatrechtlichen Gesichtspunkten zu befürworten, daß unser Gesetz den Übergang von der einen Rechtsform in die andere grundsätzlich durch einfache Satzungsänderung gestatte" (Schreiber, S.244). Daß die Stufenfolge der Handelsgesellschaftstypen "den Übergang von einer Gesellschaftsform zur anderen als durchaus natürlich erscheinen" läßt, ist auch vom Standpunkt der

noch keineswegs zwingend daraus. Es müssen nicht nur grundsätzliche Gegensätze fehlen, es müssen ebenso grundsätzliche Gemeinsamkeiten vorliegen. Immer bedarf es der Bestimmung derjenigen Merkmale, kraft derer die umzuwandelnde und die aus ihr hervorgehende Gesellschaft trotz der Veränderungen - denn ohne solche ist auch eine Umwandlung nicht denkbar - miteinander identisch sein sollen. Darin liegt die Crux der Identitätsumwandlung. Es fehlt nicht nur an einem allgemeinen, für das Gebiet des Rechts brauchbaren Identitätsbegriff (2). Auch speziell für die Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Gebilde hat sich ein solcher nicht gewinnen lassen. Da die Frage nach der Identität immer dann auftaucht, wenn durch Veränderungen Zweifel an ihr bestehen (3), leuchtet es unmittelbar ein, daß die Identität der zu vergleichenden gesellschaftlichen Gebilde nur auf übereinstimmende Teilinhalte (4) in beiden Gebilden gegründet werden kann. Doch müssen diese Teilinhalte wesentlich sein. Und sie müssen rechtliche Wirkungen darstellen, die trotz der Veränderung die gleichen bleiben (5). Welche rechtliche Wirkungen freilich wesentlich sind, wird immer eine Sache der Auffassung bleiben. Das zeigt sich in den Stellungnahmen der Literatur (6).

Den Vertretern der romanistischen Fiktionstheorie haben sich weniger Schwierigkeiten auf der Suche nach gemeinsamen identitätswahrenden Merkmalen entgegengestellt. Teilen OHG und KG mit GmbH, AG und KGaA die juristische Persönlichkeit, so kann darin das gemeinsame und trotz aller Veränderung der Organisation bestehende bleibende Merkmal der Identität gefunden werden.

Theorie von der realen Verbandsperson eingeräumt worden, auch wenn der Übergang von der Gesamthand zur juristischen Person für "begrifflich unmöglich" angesehen wurde; Günther, Diss., S.24 und S.39.

(2) Otto Fischer, S.8

(3) Reinhardt, Identität und Rechtsnachfolge, S.442

(4) Otto Fischer, a.a.O., S.6

(5) Otto Fischer, a.a.O.; Wieland, HR I, S.800

(6) Im folgenden wird nur behandelt, in welcher Weise zur Identität von Personal- und aus ihr hervorgehender Kapitalgesellschaft Stellung genommen wurde. Die Fragen nach der Möglichkeit einer Identität zwischen Gesamthand und juristischer Person sind besonders in der heute noch unentschiedenen Diskussion um die Identität von Vorgesellschaft und eingetragener Gesellschaft, d.h. einer Kapitalgesellschaft im Stadium zwischen Errichtung und Eintragung einerseits und nach ihrer Eintragung andererseits, aktuell; vgl. insbesondere Fischer in Großkomm. AktR, § 34 Anm.3-6 und weitere Lit.

Auf Grund gemeinsamer juristischer Persönlichkeit hielt Kohler (7) eine Identitätsumwandlung einer OHG in eine AG für möglich. Grundlegend in diesem Sinne sind die Ausführungen von Wieland. Den dogmatischen Rahmen, innerhalb dessen sich Gesellschaften verändern können, ohne ihrer Identität verlustig zu gehen, gewinnt er aus seinem allgemeinen Handelsgesellschaftsbegriff, wonach sämtliche Handelsgesellschaften "Gesellschaften sind, insofern sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen ihrer Mitglieder ist, juristische Personen, insofern sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger behandelt werden" (8). Das Subjekt, an dem sich die Veränderung vollzieht und das trotz ihrer gleichbleibt, sei die Gesellschaft in dem Sinne, daß das gesellschaftliche Rechtsverhältnis, und zwar nicht nach innen, sondern zu Dritten, dasselbe bleibe (9). Die bloße Verwandlung unter Wahrung der Identität setze Gleichartigkeit des Außenverhältnisses voraus. Diese sei gegeben, wenn beide Gesellschaften rechts- und parteifähig seien und das Vermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zustünde. Unter diesen Voraussetzungen könne die Gesellschaft gleichzeitig eine grundlegende Umgestaltung erfahren, ohne ihre Identität einzubüßen. Für sämtliche Handelsgesellschaften seien daher die Vorbedingungen bloßer Verwandlung gegeben (10). Die OHG teile mit der AG die Rechts- und Parteifähigkeit. Obzwar OHG und KG einerseits, GmbH, AG und KGaA andererseits gänzlich verschiedenen Gesellschaftstypen angehörten, dürfe eine bloße Verwandlung nicht an dem formalen Grunde eines angenommenen Gegensatzes von Gesamthand und juristischer Person scheitern. Auch könne der OHG und KG durch gesellschaftsvertragliche Freiheit ein kapitalistisches Gepräge verliehen und sie in allmählicher Wandlung bis hart an die Grenze einer GmbH und AG herangeführt werden (11).

Die vertragliche Annäherung der Gesellschaftstypen hat sich stürmisch fortentwickelt. Die dualistische Betrachtungsweise i.S. eines Gegensatzes ist weitgehend aufgegeben worden. Insofern hat diese Argumentation an Gewicht und Aktualität gewonnen. Doch hat der allgemeine Handelsgesellschaftsbegriff (12) keine Anerkennung gefunden.

(7) DJZ 1911/1262 ("Die Gleichheit der juristischen Persönlichkeit trotz dieses Wandels ist von der größten Bedeutung").

(8) Wieland, HR I, S.425

(9) Wieland, a.a.O., S.800

(10) Wieland, a.a.O., S.817

(11) Wieland, HR I, S.821

(12) Zustimmend Schönfeld in Jher.Jahrb.75/333 ff. (352,353)

Für eine Funktion, die er innerhalb des Umwandlungsrechts erfüllt, fehlt bei der ablehnenden Auffassung ein Gegenstück. Der Oberbegriff der rechtsfähigen Handelsgesellschaft hat Personal- und Kapitalgesellschaften in sich vereinigt und damit die ineinander umzuwandelnden Gesellschaftsformen als Unterformen einer höheren Einheit zu begreifen erlaubt. Diese Vorstellung beherrscht das Umwandlungsdenken, seit die strenge Abgeschlossenheit der einzelnen Gesellschaftsformen nach dem ADHGB der Vorstellung ihrer Veränderlichkeit von der einen zur anderen Gesellschaftsform zu weichen begann. Stets wurde für die ineinander identitätswahrend umzuwandelnden Gesellschaftsformen der gemeinsame übergeordnete Typ gesucht. Er wurde mehr oder minder umfassend gewählt. Anfänglich (13) wurde der Kreis der durch ihn für die Identitätsumwandlung erfaßten Gesellschaftsformen verhältnismäßig eng gezogen: Identitätsumwandlung innerhalb des Typus der eingetragenen Genossenschaften, der Gesellschaften auf Aktien, der Personalhandelsgesellschaften. Doch bald wurde der übergeordnete Typ in der juristischen Person (14) (i.S. der Theorie von der realen Verbandsperson) einerseits, dem Typ der gesamthänderischen Gesellschaft andererseits gesehen und damit eine identitätswahrende Umwandlung innerhalb aller Gesamthandsgemeinschaften sowie innerhalb aller juristischen Personen des Handelsrechts befürwortet (15), lange bevor die §§ 257 ff. AktG dies für juristische Personen ausgesprochen haben. Der Typus der rechtsfähigen Handelsgesellschaft Wielands umschließt seinerseits diese übergeordneten Typen, schließt aber gleichzeitig diejenigen ihnen zugehörigen Assoziationsformen aus, die nicht Handelsgesellschaften sind (16).

Lehnt man den allgemeinen Handelsgesellschaftsbegriff Wielands ab, so erweist es sich dagegen als unmöglich, die Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften als Veränderung innerhalb eines gemeinsamen übergeordneten gesellschaftsrechtlichen Typus zu rechtfertigen (17). Wenn aus dem fehlen-

(13) Karl Lehmann, ZHR 50/42

(14) Karl Lehmann in Festschrift für Cohn, S.416: "Im Grunde sind alle diese Typen von Kapitalgesellschaften nur verschiedenartig geformte juristische Personen."

(15) Karl Lehmann, a.a.O.; Feine, S.678; Günther, Diss., S.42

(16) Daher verneint Wieland, HR I, S.817, Anm.2, den identitätswahrenden Übergang einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine OHG, nicht aber umgekehrt.

(17) Die "Gesellschaft im weiteren Sinne" - hierzu J.v.Gierke, ZHR 119/141 ff. - vermag eine solche Funktion nicht zu erfüllen.

den Gegensatz von Gesamthand und juristischer Person die Ansicht gefolgert wird, "daß zwischen allen organisierten Personengemeinschaften eine Umwandlung unter Wahrung der Identität möglich ist", wobei "der Oberbegriff auch hier letzten Endes die organisierte Personengemeinschaft des Privatrechts" sei (18), so beweist dies nur, daß ein übergeordneter gesellschaftsrechtlicher Typ, als dessen verschiedene Erscheinungsformen Personal- und Kapitalgesellschaften begriffen werden könnten, in Wahrheit noch nicht zur Verfügung steht.

Eine andere Ansicht (19), wonach eine identitätswahrende Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften ebenfalls möglich ist, setzt zwar in gleicher Weise das Fehlen eines grundsätzlichen Gegensatzes von Gesamthand und juristischer Person, körperschaftlicher und individualgesellschaftlicher Organisation voraus, verzichtet jedoch darauf, die Gemeinsamkeiten in einem übergeordneten gesellschaftsrechtlichen Organisationstyp zu erfassen. "Das Entscheidende ist Gleichheit des Interessenkreises vor und nach der Umwandlung, nicht der Umstand, daß die Gesellschaftergesamtheit von einem bestimmten Zeitpunkt an rechtlich anders qualifiziert wird. Ein Übergang von einem auf einen anderen Interessenträger findet nicht statt" (20). Daß der Übergang von der gesellschaftlichen zur körperschaftlichen Struktur für sich allein der Identitätsumwandlung nicht entgegenstehe, beweise die identitätswahrende Verwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in einen nicht rechtsfähigen Verein und umgekehrt (21). Daß der Erwerb der Rechtsfähigkeit und damit der Übergang von der Gesamthand zur juristischen Person für sich allein ebensowenig ein Hindernis sei, beweise die identitätswahrende Verwandlung der Vorgesellschaft in die eingetragene Kapitalgesellschaft. Für das Zusammentreffen beider Übergänge in der Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft könne nichts anderes gelten (22, 23).

(18) Funk, Diss., S.34, ohne freilich daraus für die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften irgendwelche Folgerungen zu ziehen.

(19) Ganßmüller, GmbHR, 1957/90

(20) Ganßmüller, a.a.O.

(21) vgl. hierzu etwa Schumann, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, S.84

(22) Ganßmüller, a.a.O., S.91

(23) Die Frage der Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften sieht sich stets mit dem Verhältnis von Vor- und eingetragener Gesellschaft konfrontiert.

Einmal handelt es sich dabei um den wichtigsten vergleichbaren Fall, bei

IV. Die Auswirkungen des Fehlens einer gesetzlichen Umwandlungsregelung auf die Ansichten zur Identitäts- umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften

1) Der Mangel einer gesetzlichen Regelung als Hindernis für die Identitäts- umwandlung

Von der Frage, ob der Identitätsumwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft die Unterscheidung von Gesamthand und juristischer Person sowie von individualgesellschaftlicher und körperschaftlicher Organisation entgegensteht, ist jene weitere zu trennen, ob nicht der Mangel einer gesetzlichen Regelung die Identitätsumwandlung zwischen beiden Gesellschaftsformen verbietet.

dem der Übergang einer Gesamthand in eine juristische Person unter Wahrung der Identität zur Diskussion gestellt ist (einen weiteren Fall - aber nicht im Bereich des Handelsgesellschaftsrechts - stellt der Übergang eines ursprünglich nichtrechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen dar). Zum anderen sind es die Gründungsvorschriften für Kapitalgesellschaften, an deren Auslegung sich nicht nur der Streit um die Identität von Vor- und eingetragener Gesellschaft entzündet, sondern um deren Beachtung auch eine Identitätsvorstellung für die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften nicht herumkommt (vgl. auch S. 46 ff. dieser Arbeit).

Freilich werden diese Fälle meist recht formal einander gegenübergestellt. Nicht nur wird von der nach überwiegender Lehre vertretenen Identität zwischen Vor- und eingetragener Gesellschaft auf die Identitätsumwandlung zwischen Personal- und Kapitalgesellschaft geschlossen (Ganßmüller, a. a. O.). Es wird ebenso umgekehrt die von der h. L. verneinte Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften gegen die Identität von Vor- und eingetragener Gesellschaft ins Feld geführt (Georgakopoulos, S. 180).

Oder man stellt, um einerseits die Identität von Vor- und eingetragener Gesellschaft zu bejahen, andererseits diejenige von Personalhandels- und Kapitalgesellschaft zu verneinen, etwa folgende Unterschiede heraus: Die Vorgesellschaft sei "körperschaftlich", die Personalgesellschaft dagegen als "Gesellschaft im engeren Sinne" organisiert (Günther, Diss., S. 39); Vor- und eingetragene Gesellschaft seien "wesensgleich", OHG und KG gegenüber GmbH und AG dagegen nicht (Dregger, Haftungsverhältnisse, S. 74 und 91); die Vorgesellschaft habe gleiche handelsgewerbliche Inter-

Nach durchaus h.L. ist nicht nur eine Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge, sondern auch eine identitätswahrende Umwandlung nur dort zulässig, wo sie gesetzlich besonders vorgesehen ist (1). Daß dafür in aller Regel nicht einmal eine Begründung gegeben werde (2), kann man nur mit Einschränkungen behaupten. Eine andere Frage ist, ob diese Begründungen stichhaltig sind.

Fehl geht sicherlich die Ansicht, das Gesetz habe dadurch, daß es die Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft nicht geregelt hat, ausdrücklich zu erkennen geben wollen, daß sich eine solche Umwandlung nur nach den allgemeinen Vorschriften vollziehen und eine Identitätsumwandlung unzulässig sein solle (3). Einer solchen Folgerung steht die historische Entwicklung des Umwandlungsrechts entgegen. Die Umwandlungsgesetzgebung ist schrittweise, dringenden Bedürfnissen oder rechtspolitischen Anliegen folgend, vorangegangen, ohne daß eine einheitliche Konzeption des Gesetzgebers für die Umwandlung von Gesellschaften erkennbar geworden wäre (4). Man hat

essen wie die eingetragene Gesellschaft, die Personalhandelsgesellschaft gegenüber der aus ihr hervorgehenden Kapitalgesellschaft anscheinend nicht, die Vorgesellschaft sei Entwicklungsstufe zur juristischen Person, die Personalhandelsgesellschaft nicht usw. (Wygold, Diss., S.22 ff.).

Ferner wird in der Diskussion darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine werbend tätige Vorgesellschaft dem Recht der offenen Handelsgesellschaft zu unterwerfen ist (vgl. auch Anm.22, S.129 ff. dieser Arbeit), argumentiert: Die werbende Vorgesellschaft könne niemals als OHG angesehen werden, weil zwischen Vor- und eingetragener Gesellschaft Identität bestünde, eine OHG aber nicht durch bloße Eintragung in eine Kapitalgesellschaft übergehen könne (Otto, BB 1954/573; OLG Tübingen, DRZ 1950/19; Baur, DRZ 1950/9 für die GmbH).

- (1) Böttcher-Meilicke, Einf. Anm.4 ("numerus clausus"); Scholz, §§ 80, 81 Anm.1; Full, DNotZ 1957/78; Kreifels, GmbHR 1957/20; GmbH-Handbuch, S.267; Funk, Diss., S.17; Günther, Diss., S.51
- (2) So Ganßmüller, GmbHR 1957/84
- (3) So Günther, Diss., S.51, im Anschluß an die damals noch im Entwurf vorhandene Neuordnung des Umwandlungsrechts durch das Aktiengesetz von 1937 und das Umwandlungsgesetz von 1934.
- (4) Hierzu muß auf die ältere Lit. verwiesen werden; vgl. Wiener, ZHR Bd. 27/365 ff. (1882); K.Lehmann, ZHR 50/12 ff. (1901); Eisner, Diss., S. 22 ff. (1916); Günther, Diss., S.9 ff. (1933); letzterer insbesondere mit reicher Lit. zu dem heute nur noch historisch interessanten Streit um die Identitätsumwandlung einer AG in eine KGaA in Analogie zu dem umge-

dieser Gesetzgebung in den verschiedenen Stadien ihrer Entwicklung zu Recht einen Mangel an innerer Folgerichtigkeit vorgeworfen (5). Für die Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber Identitätsumwandlungen wenigstens innerhalb der juristischen Personen war bis zum Jahre 1937 eine nähere Begründung schlechterdings kaum zu geben. Damit erweist sich aber auch, daß der Gesetzgeber nicht etwa dadurch, daß er für bestimmte Fälle keine Umwandlungsregelungen geschaffen hat, über die Möglichkeiten dieser Umwandlungen irgendeine Entscheidung fällen wollte. Die Überzeugungskraft solcher nackter Umkehrschlüsse ist daher gering (6). Das gilt für alle gegenwärtig noch nicht gesetzlich geregelten Umwandlungsfälle, insbesondere auch für die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften. Insofern kann man sagen, daß das Gesetz eine Identitätsumwandlung jedenfalls nicht ausdrücklich verbiete (7).

Schwerer wiegen die Argumente, welche gegen die Identitätsumwandlung ohne gesetzliche Regelung daraus hergeleitet werden, daß das Gesetz für Kapitalgesellschaften zwingende Gründungsvorschriften aufgestellt hat. Im Hinblick darauf hat man ausgeführt: "Andere Umwandlungen als die durch das AktG und das UmwG vorgesehenen, sind im Bereich des Aktienrechts nicht möglich. Das gilt insbesondere für die Umwandlung einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft. Sie könnte allzu leicht zu einer Umgehung der zwingenden Schutzbestimmungen über die Gründung einer Kapitalgesellschaft führen. Es bleibt deshalb nur die Möglichkeit ... nach den allgemeinen Regeln ..." (8).

Die gleichen Befürchtungen, die Identitätsumwandlung könne - solange keine

kehrten Falle der Umwandlung einer KGaA in eine AG nach den §§ 332 ff. HGB, jenem Falle, der bis zum Jahre 1937 innerhalb der Kapitalgesellschaften der einzige identitätswahrend geregelte war; Übersicht über die schrittweise Gesetzgebung unter Einschluß des UmwG von 1934 auch bei Boltz, AcP 141/280 ff. (1935).

- (5) Karl Lehmann, ZHR 50/46 "Gewisse Willkür"; Junck, Jher.Jahrb. 77/303 "Eigensinnigkeit".
- (6) Auch das RG ist im Urt. v. 27.6.1930, JW 1930/2938 ff. (2939) dieser Art von Argumentation in dem bereits erwähnten Streit um die analoge Anwendung der §§ 332 ff. HGB auf die Umwandlung einer AG in eine KGaA nicht mehr (entgegen der damals h.L.) gefolgt, sondern hat die Unzulässigkeit dieser Umwandlung aus der Interessenlage zu verneinen unternommen (ablehnend hierzu Ludewig in der Anm. a.a.O.); Lit. auch bei Günther, Diss., S.9 ff.)
- (7) Ganßmüller, GmbHR 1957/89
- (8) Baumbach-Hueck, Übersicht vor § 257 Anm.3

besonderen auf den Umwandlungsvorgang zugeschnittenen Kapitalaufbringungs- und Gläubigerschutzbestimmungen vorgesehen sind - zu einer Umgehung der für die Gründung von Kapitalgesellschaften gegebenen Schutzvorschriften führen, beherrschen auch die folgenden, nur in Nuancen unterschiedlichen Ansichten.

So soll eine Identitätsumwandlung deshalb nicht vereinbart werden können, weil die zwingenden Gründungsvorschriften die Vertragsfreiheit einschränken (9). Oder es wird die Annahme einer Identität und die Einhaltung von Gründungsvorschriften als miteinander unvereinbar gedacht. Hierbei wird entweder aus der Notwendigkeit, die Gründungsvorschriften anzuwenden, ein Verzicht auf die rechtliche Identität erfolgt (10), oder es wird aus dem We-

- (9) Full, DNotZ 1957/78: "Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften stellt einen im bürgerlichen Recht und allgemeinen Handelsrecht nicht vorgesehenen Vorgang dar und kann deshalb nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und in der gesetzlich geregelten Weise vollzogen werden. Bei der formwechselnden Umwandlung ergibt sich dies aus den zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts, welche für Entstehung und Untergang des Rechtsträgers unabdingbare Voraussetzungen schaffen und hierdurch die Vertragsfreiheit einschränken. ... Die Vorschriften, welche die Umwandlung ermöglichen, stellen also eine Erweiterung der Vertragsfreiheit dar." Was hier in bezug auf die formwechselnde Umwandlung innerhalb der Kapitalgesellschaften ausgeführt ist, hat auch unmittelbare Bedeutung für die Annahme einer formwechselnden Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften. Es gilt, sobald auf einer der beiden Seiten der Umwandlung eine Kapitalgesellschaft beteiligt ist.
- (10) Hachenburg in Düringer-Hachenburg III, 3 UmwG, Vorspruch Anm. 5: "Den Kernpunkt bildet, daß aus Gründen der Sicherheit des Verkehrs das Gesetz Vorsichtsmaßnahmen aufstellt, die den Übergang von der Personen- zur Kapitalgesellschaft unter scharfer Kontrolle halten. Sie führen zu der juristischen Scheidung. Sie zwingen in diesem Falle zum Verzicht auf die rechtliche Identität zwischen der Personen- und der Kapitalgesellschaft. Daß die einfache Umwandlung der OHG in die AG durch die Willensbildung der Mitglieder nicht möglich ist, beruht also gar nicht auf begrifflichen, sondern auf praktischen Erwägungen. Die Fürsorge für die Kreditgeber der Gesellschaft hat diese Maßnahme erforderlich gemacht. Sie gestattet nicht, daß die bisher unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer OHG durch ihre einfache Erklärung sich die Beschränkung ihrer Haftung verschaffen."

sen der Identität die Unbeachtlichkeit der Gründungsvorschriften abgeleitet (11). Zum dritten ist es die Art und Weise, in der man es unternommen hat, die Gründungsvorschriften auf die Identitätsumwandlung anzuwenden, wodurch Identitätswahrung und Beachtung der Gründungsvorschriften als unvereinbar erscheinen (12).

Auch die Ausführungen Wielands, der als der energischste Verfechter einer Identitätsumwandlung zu gelten hat, können nur de lege ferenda verstanden werden (13). Obwohl "der Weg der Identitätsumwandlung überall als gangbar anzusehen ist, sofern nicht positive Rechtsätze oder Erwägungen der Zweckmäßigkeit entgegenstehen" (14), und obwohl "die Gewähr für vollwertiges Einbringen, für Bestimmtheit und Veröffentlichung der Einlagen nach den Regeln des Aktienrechts (sic) nicht von den Formalien der Eigentumsübertragung abhängig" (15) ist, versperrt der Mangel einer gesetzlichen Umwandlungsregelung der Annahme einer Identitätsumwandlung den Weg. "Die geltende Gesetz-

(11) v. Godin, Vorbem. vor § 257: "Daraus, daß keine neue Gesellschaft geschaffen, sondern eine bestehende umgewandelt wird, ergibt sich, daß die für die Gründung einer Gesellschaft des neugewählten Typus gegebenen Vorschriften nicht beobachtet zu werden brauchen, wenn es das Gesetz nicht besonders vorschreibt, z.B. § 271 AktG, der überflüssig wäre, wenn die Gründungsvorschriften ohnedies beachtlich wären"; ähnlich Kreifels, GmbHR 1957/20.

(12) Dregger, Haftungsverhältnisse, S. 89 und 60: "Würde aus der OHG ... die AG entstehen können, so würde die Körperschaft notwendig mit sämtlichen Verbindlichkeiten der OHG belastet werden, was gegen die Gründungsvorschriften des Aktienrechts bzw. GmbHrechts verstieße. Alle Verbindlichkeiten würden notwendig auch die GmbH bzw. AG treffen, da ja OHG und rechtsfähige Körperschaft dann ein und dieselbe Personenverbindung wären. ... Der Übergang sämtlicher Verbindlichkeiten verstieße aber gegen die Gründungsvorschriften des Aktienrechts ... wie folgendes Beispiel zeigen mag: die OHG haftet auch aus Sachübernahmeverträgen, die nicht in der Satzung festgestellt sind, da für sie § 20 AktG nicht gilt. Sollte nunmehr die AG auch ohne Satzungsfeststellung aus solchen Sachübernahmeverträgen haften, so verstieße das gegen § 20 AktG. Es bleibt also kein anderer Weg als Neugründung der Körperschaft."

(13) Ebenso auch von Düringer-Hachenburg, § 145 Anm. 11

(14) Wieland, HR I, S. 802, 803; zustimmend Lehmann, GR, S. 358

(15) Wieland, HR I, S. 822

gebung hat der Personalgesellschaft die Mittel versagt, durch bloße Verwandlung in eine Kapitalgesellschaft überzugehen" (16).

- 2) Im Mangel einer gesetzlichen Regelung wird kein Hindernis für die Identitätsumwandlung gesehen

Es gibt nur wenige Stimmen (1), die eine Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften bereits *de lege lata* für zulässig halten. Sie nehmen Bezug auf eine alte Entscheidung des RG vom 9.7.1899 (2), in der - ohne daß eine besondere gesetzliche Grundlage dafür vorhanden war - die Umwandlung einer Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit in eine AG als Umwandlung unter Wahrung der Identität des Rechtsobjekts angesehen wurde (3). Entsprechend hielt Kohler auch eine identitätswahrende Umwandlung aus einer OHG in eine AG für möglich. Daß er dabei von der juristischen Personlichkeit der OHG ausging, interessiert in diesem Zusammenhang nicht. Er nahm Identität an und hielt es für selbstverständlich und mit einer Identitätsvorstellung durchaus vereinbar, daß bei der Personalgesellschaft in gewissem Umfang eine Liquidation einzutreten habe und bei der Kapitalgesellschaft die Stufen der Gründung zu durchschreiten seien. "Aber das scheinbare Erlöschen und Wiedergehen ist nicht anderes als ein Verbleiben, wobei eben nur die Organisation der juristischen Personlichkeit sich gründlich ändert." Nach Gansmüller muß eine *favore*-eingenommene Betrachtungsweise zu der Auffassung gelangen, daß die Umwandlung aus der einen in die andere Gesellschaftsform der Beendigung der alten und Entstehung der neuen Form entspreche. Da das Gesetz eine Identitätsumwandlung von Personal- und Kapitalgesellschaften jedenfalls nicht ausdrücklich verbietet, könnten die Interessen aller an der Umwandlung Beteiligten auch durch eine stängemaße Anwendung der Gründungs- (Kapitalaufbringungsgesetz) Vorschriften im Rahmen einer Identitätsumwandlung gewahrt werden.

(16) Wieland, a.a.O.

(1) Kohler, DJZ 1911/1263; Gansmüller, OmbHR 1937/92

(2) RGZ 26/336

(3) Diesen Rechtsstandpunkt hat das RG bald wieder aufgegeben. Er enthielt einen dem damaligen Recht völlig fremden Umwandlungsbegriff (näher hierzu K. Lehmann, ZHR 56/18 mit Lit.). Die einzige Form einer erlebnisorientierten Umwandlung war zu jener Zeit die durch das Reichsgesetz vom 22.7.1884 als Art. 206 a in das ADHGB eingefügte Umwandlung einer KGaA in eine AG. Noch in dem späteren Ur. v. 18.11.1898, Bd. 82/47, 120f. des RG die Umwandlung einer OHG in eine KG nur durch Auflösung und Neugründung.

V. Ausblick

Dieser Überblick über den Stand der Literatur erweist, daß die Fragen um eine erleichterte Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften noch völlig ungeklärt sind. Solange eine besondere gesetzliche Regelung fehlt, ist nur die Diskussion um eine Identitätsumwandlung sinnvoll. Man wird darauf verzichten müssen, für die Umwandlung von Gesellschaften einen allgemeinen Identitätsbegriff zu konzipieren. Er kann kein Maßstab sein für die Entscheidung der vielfältigen Einzelfragen, die sich aus der Vorstellung einer Identitätsumwandlung ergeben. "Die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich eine Neuerrichtung vermeiden läßt, ist nicht mit Hilfe von Allgemeinbegriffen wie Identität und Neuheit, Gleichbleiben und Veränderung der Rechtspersönlichkeit zu beantworten. Vielmehr sind Erwägungen der praktischen Zweckmäßigkeit entscheidend." (1) Die Überlegungen der praktischen Zweckmäßigkeit müssen in einer Abwägung der Interessen aller an der Umwandlung beteiligten Personen bestehen. Denn "ob sich eine Umwandlung einer Gesellschaftsform in eine andere durch einfache Statutenänderung oder nur im Wege der Auflösung und Neugründung verbunden mit einer Übertragung des Vermögens auf einen neuen Rechtsträger vollziehen läßt, hängt im allgemeinen von der Bedeutung ab, die der veränderte Inhalt der verschiedenen Rechtsformen für die Interessen der Gesellschafter und Gläubiger gewinnt, und ob diesen die Fortsetzung der bisherigen Beziehungen mit einer der Form nach neuen, aber mit der alten identischen Gesellschaft zuzumuten ist" (2).

- gründung zu. "Das Handelsgesetzbuch kennt nicht den Begriff der Umwandlung der einen Art von Gesellschaft in die andere." Auseinandersetzung über den Wert dieser Entscheidung für eine Identitätsumwandlung ohne besondere gesetzliche Vorschrift bei Ganßmüller, GmbHR 1957/89.
- (1) Wieland, HR I, S.802; vgl. auch Reinhardt, Identität und Rechtsnachfolge, S.442: "Die Begriffe der Identität und Rechtsnachfolge können höchstens eine dienende, nie aber eine herrschende Funktion für sich in Anspruch nehmen, sie können aus sich heraus nicht die Kraft einer wirklichen Lösung von Problemen entwickeln."
- (2) Wieland, HR II, S.368; vgl. auch Reinhardt, Identität und Rechtsnachfolge S.445: "Will man diese Frage (gemeint Identität oder Rechtsnachfolge) beantworten, dann kann man es nicht auf die Kontinuität der äußeren Rechtsform - ohne Rücksicht auf die Substanz, die dahinter steht - abstellen, dann erscheint es i.S. eines gerechten Interessenausgleiches und i.S. der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung selber viel richtiger, auf die Kontinuität der Substanz, d.h. der Aufgaben, der Organisation und des Vermögens abzustellen."

Hierzu bedarf es eingehender Einzeluntersuchungen. So wurde bereits darauf hingewiesen, daß es den Bedürfnissen einer Umwandlung am ehesten gerecht wird, wenn etwa Arbeitsverhältnisse, Versicherungsverträge oder Mietverträge für die neue Rechtsform in gleicher Weise fortgelten, in der sie für die alte Rechtsform bestanden haben. Aber dabei hat sich auch bereits das Interesse der mit der umzuwandelnden Personalgesellschaft in Verbindung stehenden Dritten an der Persönlichkeit der Gesellschafter und an der bisherigen Haftungsform der Gesellschaft (3) gezeigt. Das setzt sich in allen Einzelfragen fort.

Ist es Pfandgläubigern oder Nießbrauchern an Personalgesellschaftsanteilen zuzumuten, nach der Umwandlung und ohne ihre Zustimmung Pfandgläubiger und Nießbraucher in bezug auf Aktien oder GmbH-Anteile zu sein? Können an die Stelle der der Testamentsvollstreckung unterliegenden Personalgesellschaftsanteile ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers Aktien oder GmbH-Anteile treten (4)? Muß eine Personalhandelsgesellschaft, an der die umzuwandelnde Personengesellschaft ihrerseits als Kommanditistin oder persönlich haftende Gesellschafterin beteiligt ist (5), nunmehr eine Kapitalgesellschaft als Gesellschafterin dulden (6), weil mit der Umgründung auch die zustimmungsbedürftige Übertragung des Anteils wegfällt (7)?

-
- (3) Die nach der Umgründung - und ebenso auch nach einer identitätswahrenden Umwandlung - fortbestehende unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter gilt für die vor der Umwandlung begründeten Verbindlichkeiten, nicht aber für die unter der neuen Rechtsform entstandenen.
 - (4) Hierzu vgl. etwa BGH Urt. v. 11.4.1957, Bd.24/106 ff. = DB 1957/447 ff. für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer AG in eine KG, wobei die Aktien der Testamentsvollstreckung unterlagen.
 - (5) Die Zulässigkeit einer solchen Beteiligung ist umstritten, die Literatur (Nachweise bei Schlegelberger, § 105 Anm.27 und Hueck, RdOHG, S.17) tritt nahezu einhellig dafür ein, die - vorwiegend ältere - Rspr. lehnt sie meist ab (Lit. a.a.O.).
 - (6) Eine Kapitalgesellschaft kann nach h.L. Gesellschafterin einer Personalgesellschaft sein, vgl. Hueck, RdOHG, S.16; Weipert in RGRKomm. zum HGB, § 105 Anm.26; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm.25.
 - (7) Wird die Zustimmung zur Anteilsanbringung verweigert, dann ist nach Bing in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm.26, der Anspruch des Gesellschafters auf seinen Anteil an Gewinn und bei der Auseinandersetzung eingebracht.

Übernimmt die Kapitalgesellschaft bei einer Umgründung die Verpflicht-

Ganz im Vordergrund der Erwägung praktischer Zweckmäßigkeit um eine Identitätsumwandlung steht jedoch der Schutz der zukünftigen Gläubiger der Kapitalgesellschaft. Nur eine Auffassung, die als Ausgangspunkt eine sinnngemäße Anwendung der für Kapitalgesellschaften gegebenen Gründungsvorschriften nicht schon mangels gesetzlicher Anordnung für unzulässig, sondern vielmehr insoweit für möglich hält, als sich dies auch mit den Grundsätzen des Personalgesellschaftsrechts vereinbaren läßt, kann zu einer weiteren Klärung der Identitätsumwandlung beitragen. Ansätze finden sich in der Literatur (8). Solche Einzeluntersuchungen würden auch weitgehend Bedeutung behalten, wenn sich eine künftige gesetzliche Norm - etwa dem § 271 AktG entsprechend - auf die Anordnung beschränken sollte, daß die Gründungsvorschriften entsprechend anzuwenden seien. Die sinnngemäße Anwendung der Gründungsvorschriften dürfte sedes materiae der Identitätsproblematik sein. Der Akzent der Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften verlagert sich vom Streit um die Gegensätzlichkeit von Gesamthand und juristischer Person hierher. So wirft die Identitätsumwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften eine Fülle von Zweifelsfragen auf, die in den dargestellten Stellungnahmen der Literatur zu ihr keineswegs erschöpfend erwähnt sind.

tungen der Personalgesellschaft oder liegen die Voraussetzungen des § 25 HGB vor, dann haftet die Kapitalgesellschaft auch für Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis, soweit diese für Dritte erfüllbar sind; Wieland, HR I, S.285; vgl. auch RGZ 76/7 und 89/354 für Verpflichtungen aus einem Anteil an einer Kartell-GmbH.

- (8) vgl. Ganßmüller, GmbHR 1957/86, 87: Bilanzprüfung statt Gründungsprüfung und Ausschluß bestimmter Verbindlichkeiten vom Übergang auf die Kapitalgesellschaft; Dregger - allerdings ablehnend - in Fußnote 12 auf S.48 dieser Arbeit.

TEIL II

DIE KONSTRUKTIVEN MÖGLICHKEITEN DER UMWANDLUNG VON PERSONAL- IN KAPITALGESELLSCHAFTEN

Die nachfolgende Darstellung versucht einen Überblick über die von der Rechtslehre und der Praxis entwickelten konstruktiven Möglichkeiten zur Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft zu geben. Die Umwandlungskonstruktionen sind weitgehend Vermögensübertragungskonstruktionen. Die Darstellung beschränkt sich auf die handelsrechtliche Seite mit Ausnahme der Fälle, in denen die handelsrechtliche Konstruktion unmittelbarer Auswirkungen auf die steuerliche Belastung hat und entweder erst von daher ihren wirtschaftlichen Sinn erhält oder sich Abweichungen gegenüber der für alle handelsrechtlichen Konstruktionen im wesentlichen gleichen Steuerlast, wie sie in den Grundzügen dargestellt wurde, ergeben.

Die Arbeit befaßt sich nicht mit den Grundsätzen der Bewertung und Bilanzierung des von der umzuwandelnden Personalgesellschaft auf die Kapitalgesellschaft übertragenen Vermögens und dem Verhältnis von Einbringungsbilanz zur Eröffnungsbilanz der Kapitalgesellschaft. Hier haben sich handelsgewohnheitsrechtliche Grundsätze herausgebildet (1).

Die Arbeit befaßt sich ebenfalls nicht mit der Haftung der umzuwandelnden Personalgesellschaft bzw. ihrer Gesellschafter für die Mängel am eingebrachten Unternehmen - abgesehen davon, daß diese Haftung in den Gesellschafts-

-
- (1) vgl. über die verschiedenen Stichtage der Einbringungsbilanz Becker, GmbHR 1931/837, 838; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm. 19, 20; Fischer in Großkomm. AktG, § 20 Anm. 8; und die handelsgewohnheitsrechtliche Verwendung der letzten Jahresbilanz des einzubringenden Unternehmens als Einbringungsbilanz, von der ab das Unternehmen als für Rechnung der Kapitalgesellschaft geführt gilt, Boesebeck, Soz. Praxis 1939/605; Trumpler, S. 414;
über den Stichtag der Eröffnungsbilanz Boesebeck, a. a. O., Sp. 605 ff.; Hachenburg-Schilling, § 41 Anm. 8, und die handelsgewohnheitsrechtliche Aufstellung auf den Tag der Errichtung der Kapitalgesellschaft Trumpler, S. 413;
über die Möglichkeit, die Einbringungsbilanz als Eröffnungsbilanz zu verwenden, Hachenburg-Schilling, a. a. O., und über die damit zusammen-

verträgen regelmäßig ausgeschlossen wird - und mit jener für die Überbewertung des Unternehmens. Das sind keine Besonderheiten der Umwandlungskonstruktion. Die besonderen Probleme um die Haftung für Unternehmensmängel ergeben sich bei jeder Unternehmensveräußerung und jene zur Behandlung mangelhafter oder überbewerteter Sacheinlagen bei jeder Sachgründung von Kapitalgesellschaften.

A. DIE PERSONALGESELLSCHAFT WIRD IN DIE KAPITALGESELLSCHAFT
UMGEWANDELT, OHNE DASS DABEI EINE DER GESELLSCHAFTEN AN
DER ANDEREN BETEILIGT WIRD

I. Umwandlung unter Vollbeendigung der umzuwandelnden Gesellschaft

1) Grundzüge der Konstruktion

Die Gesellschafter der umzuwandelnden Personalgesellschaft treten im eigenen Namen als Gründer der Kapitalgesellschaft auf. Sie schließen als Einzelpersonen den Kapitalgesellschaftsvertrag miteinander ab. Sie beschließen die Errichtung einer GmbH oder AG mit der Maßgabe, daß das Vermögen der Personalgesellschaft - regelmäßig mit allen Aktiven, Passiven und der Firma - unter Ausschluß der Liquidation in die neugegründete Kapitalgesellschaft eingebracht werden soll. Dieser Beschluß, den man als Umwandlungsbeschluß bezeichnen kann, setzt sich aus mehreren Beschlüssen zusammen. Primär ist die der notariellen Form bedürftige Gründungsvereinbarung, die Errichtung der Kapitalgesellschaft. Sie enthält gleichzeitig sowohl den Beschluß, die Personalgesellschaft aufzulösen als auch den weiteren Beschluß, eine andere Art der Auseinandersetzung i.S.d. § 145 HGB vorzunehmen. Rechtslogisch folgt der Auflösung die Auseinandersetzungsvereinbarung und dieser die Errichtung. In der Praxis ist die Auflösung die den Gesellschaftern regelmäßig nicht zum Bewußtsein kommende Folge des Beschlusses, die GmbH oder AG zu gründen (1). Daß die Gründungsvereinbarung eine andere Art der Auseinander-

hängenden Fragen um die Rückbeziehung der Eröffnungsbilanz Becker, a.a.O., Sp.838, 839; Boesebeck, a.a.O., Sp.609; Trumpler, S.414; Tietze, Diss., S.65 ff. mit Lit.

- (1) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11; nach Räß, DStZ 1933/154, fassen die Gesellschafter erst nach der Unterzeichnung des Gründungsvertrages einen Auflösungsbeschluß nach § 131 HGB.

setzung enthält, wird den Gesellschaftern dagegen bewußt. Sie wollen gerade die Liquidation vermeiden. Welche Art der Auseinandersetzung vereinbart ist, ergibt der Inhalt ihrer Einlageverpflichtungen.

Die Stammeinlagen oder Aktien, die sie übernehmen, werden so bemessen, daß sie ihren Kapitalanteilen an der Personalgesellschaft entsprechen. Dem wirtschaftlichen Erfolge nach wird die Beteiligung eines jeden an der Personalgesellschaft zur Beteiligung an der Kapitalgesellschaft. Von dieser erhält jeder die auf ihn entfallenden und als Gründer von ihm übernommenen Aktien oder Geschäftsanteile unmittelbar zugewiesen. Die Summe der übernommenen Stammeinlagen oder Aktien wird durch den Wert des Personalgesellschaftsvermögens gedeckt. Dieses muß in irgendeiner Weise auf die Kapitalgesellschaft übertragen werden. Wie diese Vermögensübertragung im einzelnen juristisch vor sich gehen soll, bestimmt sich ebenfalls nach dem Inhalt ihrer Einlageverpflichtungen. Art der Auseinandersetzungsvereinbarung, Inhalt der Einlageverpflichtung und rechtliche Form der Vermögensübertragung sind voneinander abhängig. Drei Möglichkeiten stehen zur Diskussion:

1. Jeder Gesellschafter verpflichtet sich zur Einlage seines Anteils am Gesellschaftsvermögen. Es handelt sich dabei um den Gesellschaftsanteil an der Personalgesellschaft. Dieser ist Gegenstand der Sacheinlage. Jeder Gesellschafter erwirbt gegen Übertragung seines Gesellschaftsanteils die Aktien oder Geschäftsanteile unmittelbar zu seinem Sondereigentum. Darin liegt die Auseinandersetzung der Personalgesellschaft (darüber unter 2)).
2. Jeder Gesellschafter verpflichtet sich zur Einlage seines Anteils am ehemaligen Gesellschaftsvermögen. Es handelt sich dabei um Miteigentumsbruchteile an den Gegenständen des ehemaligen Gesellschaftsvermögens. Das Gesellschaftsvermögen ist zunächst in Miteigentumsbruchteile überführt worden. Darin liegt die Auseinandersetzung der Personalgesellschaft. Die Miteigentumsbruchteile sind Gegenstand der Sacheinlage. Jeder Gesellschafter erwirbt gegen Übertragung seiner Miteigentumsbruchteile die Aktien oder Geschäftsanteile unmittelbar zu seinem Sondereigentum (darüber unter 3)).
3. Die Gesellschafter verpflichten sich gemeinschaftlich, das Gesellschaftsvermögen in die Kapitalgesellschaft einzulegen. Das ungeteilte Gesamt handelsvermögen ist Gegenstand der Sacheinlage. Sie übertragen es gemeinschaftlich im Wege der Singularsukzession für Rechnung eines jeden einzelnen auf die Kapitalgesellschaft. Es werden jedem von ihnen die auf ihn entfallenden Aktien oder Geschäftsanteile von der Kapitalgesellschaft unmittelbar zugeteilt. Diese werden zu ihrem Sondereigentum. Darin liegt die Auseinandersetzung der Personalgesellschaft (darüber unter 4)).

Die gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen gewinnen erst im Lichte dieser konstruktiven Möglichkeiten Farbe. Die juristische Beurteilung der einzelnen Vorgänge kommt in den Gesellschaftsverträgen häufig nicht zum Ausdruck. Es wird sowohl vom Einbringen des Unternehmens wie vom Einbringen der Beteiligungen gesprochen. Das lehrt ein Blick ins Handelsregister (2). Nachdem zunächst z.B. die Höhe des Stammkapitals festgesetzt und erklärt wird, daß davon der Gesellschafter A eine Stammeinlage von ... DM, der Gesellschafter B von ... DM übernimmt, folgen die Festsetzungen über die Sacheinlagen.

Bsp.1 Die Gesellschafter bringen das von ihnen bisher unter der Fa. ... betriebene Handelsgeschäft nebst Zubehör mit Aktiven und Passiven und Fa. ohne Liquidation nach dem Stand vom 31.12.1960 nach Maßgabe der beigefügten Bilanz per 31.12.1960 dergestalt in die Gesellschaft ein, daß das Geschäft ab 1.1.1961 als für Rechnung der neuen Gesellschaft geführt angesehen wird. Der Gesamtwert der Einlage wird nach Maßgabe der Bilanz und nach Abzug der Schulden auf ... DM festgesetzt. Von diesem Betrag werden auf die Stammeinlagen angerechnet A ... DM, B ... DM usw. Die Stammeinlagen sind damit geleistet.

Bsp.2 Die Gesellschafter A und B leisten ihre Stammeinlage dadurch, daß sie in Höhe der Stammeinlagen ihre Beteiligung an der OHG unter der Fa. ... in die GmbH einbringen nach Maßgabe der auf den 31.12.1954 zu fertigenden Handels- und Steuerbilanz. (Nach deren Fertigstellung im Nachtrag zu diesem Gesellschaftsvertrag.) Nach der auf den 31.12.1954 gefertigten Einbringungsbilanz beträgt das Kapitalkonto für A ... DM, für B ... DM. Die Stammeinlagen sind damit voll geleistet.

Während die Einbringungsvereinbarung des ersten Beispiels eindeutig die unter 3. genannte Möglichkeit betrifft, liegt es am nächsten, die im 2.Beispiel wiedergegebene Vereinbarung der unter 1. genannten Möglichkeit zuzuordnen. Wir werden jedoch sehen, daß diese konstruktive Möglichkeit richtiger Ansicht nach rechtlich unzulässig ist. Die Umwandlungsvereinbarung des 2.Beispiels muß daher anders begriffen werden. Voraussetzung einer anderweitig sinnvollen Zuordnung ist, daß sie dem wirtschaftlichen Zweck der Umwandlung und dem Willen der Gesellschafter auf möglichste Kostenersparnis entgegenkommt. Es wird sich zeigen, daß dies bei der unter 2. genannten Möglichkeit regelmäßig nicht der Fall ist. Daher dürfte Beispiel 2 auch nicht der Konstruktion 2. zuzuordnen sein. Vielmehr wird in den Gesellschaftsverträgen trotz der unter-

(2) Die Beispiele sind dem Freiburger Handelsregister entnommen.

schiedlichen Formulierungen regelmäßig die unter 3. angeführte Konstruktion als vereinbart angesehen werden müssen.

2) Keine Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile

Da eine Umwandlung unter Wahrung der Identität nicht möglich ist, hat man nach Wegen gesucht, wenigstens "die kostspielige und unnütze Einzelübertragung" (1) zu vermeiden. Man hat die Gesellschaftsanteile sämtlicher Gesellschafter der umzuwandelnden Personalgesellschaft als Sacheinlagen in die neu zu gründende Kapitalgesellschaft eingebracht. Das alte Reichsoberhandelsgericht hat diese Art der Vermögensübertragung anerkannt. "Die Errichtung einer AG erfolgte in der Weise, daß jeder der Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen (es handelte sich um eine KG) in die neue AG gegen Empfang von dem dafür nominierten Grundkapitalbetrag entsprechenden Aktien einlegte" (2). Das RG ist dieser Rspr. nicht gefolgt (3). Es hat das Einbringen der Anteile sämtlicher Gesellschafter als eine Übertragung des Unternehmens durch alle Gesellschafter im Wege der Singularsukzession nach den Grundsätzen der Geschäftsveräußerung gewertet. Die Entscheidung ist für die Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften grundlegend geblieben. In jenem Falle hatten die beiden Gesellschafter einer OHG zum Zwecke der Umwandlung einen notariellen Vertrag über die Gründung einer GmbH geschlossen und im § 4 dieses Vertrages bestimmt: Die Einlagen der Gesellschafter werden dadurch gedeckt, daß jeder der beiden Gesellschafter in die GmbH seinen Geschäftsanteil an der OHG einbringt. Dieser beträgt nach beigelegter Bilanz für jeden DM 20.000. Damit ist die Stammeinlage beider Gesellschafter voll gedeckt." Gleiche Formulierungen werden auch heute noch häufig in den Gesellschaftsverträgen gebraucht. Anlaß des Prozesses war die Frage, ob die nach damaligem preußischem Recht zu entrichtende Stempelsteuer für die Geschäftsanteile oder für die einzelnen Vermögensstücke gesondert zu zahlen sei. Das Gericht entschied in diesem letzteren Sinne mit folgender Begründung: "Im vorliegenden Falle ging der Vertragswille offenbar nicht dahin, daß beide Gesellschaften nebeneinander bestehen sollten, sondern es sollte die OHG im Augenblick der Neuerrichtung der GmbH zu bestehen aufhören. Von dem Einbringen der Geschäftsanteile einer bestehenden und nach der Absicht der Beteiligten

(1) Wieland, HR I, S.822

(2) ROHG Ur. v. 6.5.1879, Bd.25/275 (281). Im Verlauf der Gründe spricht das Urteil wiederholt von Verfügungen über die Gesellschaftsanteile.

(3) Ur. v. 26.4.1910, RGZ 74/6 ff. = JW 1910/720 = LZ IV 1910/Sp.682

wenn auch nur eine gewisse Zeit lang noch weiter bestehenden OHG kann also hier nicht die Rede sein. Vielmehr stellt die Verhandlung vom 9.11. die Auflösung der OHG durch Beschluß der Gesellschafter i.S.d. § 131 HGB dar, welche die Liquidation zur Folge gehabt hätte, wenn die Gesellschafter nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart hätten.“ Diese andere Art der Auseinandersetzung sieht das Gericht in der gemeinschaftlichen Übertragung des Gesellschaftsvermögens durch alle Gesellschafter an die neugegründete GmbH mit der Bestimmung, daß jeder Gesellschafter einen bestimmten GmbH-Anteil erhalten soll. Es verneint ausdrücklich die Einbringung eines OHG-Anteils durch einen Gesellschafter als Stammeinlage auf dessen GmbH-Anteil. Gegenstand des Einbringens bildet das gesamte Vermögen. Die Übertragung erfolgt im Wege der Singularsukzession.

Das Kammergericht hatte in seiner Entscheidung vom 7.5.1908 (4) einen gleichen Standpunkt vertreten. Eine Gewerkschaft alten Rechts hatte sich dergestalt in eine GmbH umgewandelt, daß die Gewerken sämtliche Kuxe als Sacheinlagen in die GmbH einbrachten. Noch heute ist unentschieden, ob die Gewerken einer Gewerkschaft alten Rechts Miteigentümer nach Bruchteilen (5) oder Mitberechtigte zur gesamten Hand (6) sind (7). Darauf kommt es in die-

(4) KGJ, Bd.36 (1909) A 131.

(5) so das KG in der angeführten Entscheidung sowie KG vom 4.7.1898, ZfB 40/377; Urt. v. 10.7.1919, KGJ 52 A 208 (210); Urt. v. 3.3.1921, ZfB 62/253; OVG Münster, Urt. v. 8.10.1958, ZfB 100/218; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.15, unter Billigung der angeführten KG-Entscheidung vom 7.5.1908; Willecke, S.77; Bing in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm.25.

(6) so die Respr. des RG, Urt.v.10.2.1920, RGZ 98/181; Urt.v.27.9.1924, ZfB 66/80 (82); LG Bochum, Beschl.v.2.8.1956, ZfB 97/363 (364); Miesbach-Engelhardt, S.513; Ganßmüller, GmbHR 1957/90; Boldt, ZfB 93/476; Böttcher-Meilicke, UmwG § 41 Anm.3; Müller-Erzbach, S.283 und 286, 287; Wygold, Diss., S.22.

(7) Man kann wohl sagen, daß sich die überwiegende Meinung der Gesamthandstheorie angeschlossen hat. Insbesondere wird auch von den Vertretern der Bruchteilstheorie noch unterschieden zwischen dem Eigentum am Bergwerk, an dem eine Bruchteilsgemeinschaft, und dem übrigen Gesellschaftsvermögen, an dem Gesamthandseigentum bestehen soll. Gegen diese Trennung RG vom 10.2.1920, RGZ 98/181 ff.

In der Sache selbst ist in der Tat das Gesamthandsprinzip nicht streng durchgeführt. 1. Nach § 230 Abs.1 ABG kann der Kux und damit auch

sem Zusammenhang jedoch nicht entscheidend an. Entscheidend ist vielmehr, daß hier - wie bei der Einlage sämtlicher OHG- oder KG-Anteile - die Vermögensübertragung durch Übertragung sämtlicher Kuxe, also sämtlicher Anteile an einer Gesellschaft, die nicht juristische Person ist, bewerkstelligt werden sollte. Das KG führt dazu aus: "Es kommt aber weiter in Betracht, daß mit der Umwandlung der altrechtlichen Gewerkschaft die jener eigentümliche Beteiligung nach Kuxen rechtlich unmöglich wird. ... Aus dem Gesagten folgt gleichzeitig, daß die Kuxe als solche nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein können, weil sie mit der Entstehung der GmbH erlöschen. Der Vertrag läßt sich indes ohne Zwang dahin auslegen, daß die Bergwerke eingebracht werden und daß jedem Gesellschafter ein der Zahl seiner jetzigen Kuxe entsprechender Anteil an dem angegebenen Annahmewert als Einlage angerechnet werden soll." Der Gedanke ist der gleiche, der der Entscheidung des RG in Bd. 74/6 zugrunde liegt. Durch das Einbringen sämtlicher Anteile - das RG spricht davon, daß umzuwandelnde und aufnehmende Gesellschaftsform auch nicht einen Augenblick nebeneinander bestehen sollen - wird die den Anteil ausmachende "eigentümliche" Beteiligung unmöglich. Indem die Gewerkschaft erlischt (8), verlieren die Anteile ihren Anteilscharakter (9).

-
- das Bergwerk selbst mit Hypotheken belastet werden (Müller-Erzbach, S. 284); 2. § 227 ABG schließt nicht die §§ 99, 100 ABG aus, wonach für Verbindlichkeiten auch der Gewerkschaft alten Rechts nur das Vermögen der Gewerkschaft haftet; 3. Durch Ausscheiden einzelner Mitglieder wird die Gewerkschaft nicht aufgelöst. Mit Recht führt Groschuff, JW 1935/2403 hierzu aus, die Gewerkschaft alten Rechts nehme eine Mittelstellung zwischen Personalhandelsgesellschaften und der Gewerkschaft neuen Rechts ein.
- (8) Wie die Personalgesellschaften durch Vereinigung aller Anteile in einer Hand erlöschen, so hat auch die Vereinigung aller Kuxe einer Gewerkschaft alten Rechts in einer Hand nach ganz h.M. (vgl. RG v. 27.9.1924, ZfB 66/80 (81); Böttcher-Meilicke, Umwandlungsgesetz § 29 Anm.9) zur Folge, daß die Gewerkschaft alten Rechts erlischt und der verbleibende Gewerke das freie Bergwerkseigentum erlangt.
- (9) Sämtliche Anteile an einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Gesellschaftsform - Kapitalgesellschaften, Gewerkschaften neuen Rechts - können dagegen als Sacheinlage in eine andere Gesellschaft eingebracht werden, oder - was hier dasselbe ist - auf eine einzige natürliche Person oder juristische Person oder Handelspersonengesellschaft übertragen werden. Die Einmann AG oder Einmann GmbH ist eine geläufige Rechtsfigur. Auch die Gewerkschaft neuen Rechts wird nicht durch Vereinigung aller Kuxe

Die Meinung des RG, daß auch dort, wo von einer Übertragung (Einbringung) sämtlicher Personalgesellschaftsanteile die Rede ist, nur eine Übertragung des Gesellschaftsvermögens im Wege der Singularsukzession möglich und regelmäßig gemeint ist, hat weitgehend Billigung gefunden (10). Für die Übertragung sämtlicher Kuxe einer Gewerkschaft alten Rechts gilt das gleiche (11).

in einer Hand aufgelöst (RG v. 28.11.1888, ZfB 30/242; Willecke, S.67). Die Übertragung sämtlicher Anteile in der Form des Einbringens kommt freilich kaum mehr vor. Das Gesetz kennt die Umwandlung der Kapitalgesellschaften ineinander und der Gewerkschaft neuen Rechts in Kapitalgesellschaften unter Wahrung der Identität, und es erleichtert die Übertragung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft oder Gewerkschaft neuen Rechts auf eine aus den Kapitalgesellschaftern oder Gewerken zu bildende oder bereits bestehende Personalgesellschaft durch Universalsukzession. Bevor jedoch diese Regelungen getroffen waren, war das Einbringen z.B. sämtlicher GmbH-Anteile in eine AG, in die die GmbH umgewandelt werden sollte, eine geläufige Umwandlungsmethode. Die juristische Persönlichkeit der GmbH verhinderte, daß hier die "eigentümliche" Beteiligung erlosch. Die Gesellschaft blieb bestehen. Der Inhaber aller Anteile, die AG, mußte nunmehr die Auflösung der GmbH und die Übertragung des Vermögens im Wege der Singularsukzession auf sich selbst beschließen und vollziehen (Flechtheim, LZ 1915/943 ff. (944); Eisner, Diss., S.52; Staub-Hachenburg, 5.Aufl. 1926, § 80 Anm.46). Auch die Umwandlung einer Gewerkschaft neuen Rechts in eine AG vollzog sich auf diese Weise. Zur Übertragung des Bergwerks auf die AG bedurfte es einer Auflassung (KG v. 23.6.1902, KGJ Bd.25 A 129).

- (10) Besonders Hachenburg, 5.Aufl. (1926), § 80 Anm.49; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.16; Becker, GmbHR 1931/Sp.833; Bing in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm.26 und 37; Heim, BB 1947/325 (326).
- (11) Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.15; Bing in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm.25; anders - aber einschränkend - noch Wiener, ZHR 27/342 (prinzipiell könne jeder Gewerke seinen Kux inferieren, so daß Auflösung und Vermögensübergang bei der Gewerkschaft lediglich die Folge des Erwerbes aller Kuxe durch einen Alleineigentümer sei, indes müsse bei gemeinschaftlichem Auftreten der Gewerken eine Verfügung der Gewerkschaft über das Gewerkschaftsvermögen angenommen werden, auch wenn mangels klarer Vorstellung der Praxis die Kuxe als zu übertragende Gegenstände bezeichnet würden).

Insbesondere die Praxis folgt dieser Rechtsprechung. Im Ergebnis äußert sich dies dahin, daß Grundstücke oder Bergwerke aufzulassen sind und nicht i.S. einer Rechtsänderung außerhalb des Grundbuches durch Anteilsvereinigung in der Hand des Erwerbers zu dessen Eigentum werden.

Gleichwohl wird man diese Ansicht nicht ohne weiteres als herrschend bezeichnen dürfen. Ganz einhelliger Meinung ist man nur darüber, daß die Gesellschafter das ihnen zur gesamten Hand zustehende Vermögen gemeinschaftlich auf ihre Einlageverpflichtungen einbringen können. Dafür wird durchaus zu Recht allenthalben auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung, besonders Bd. 74/6, Bezug genommen. Jedoch gibt es in der älteren und in der neueren Literatur zahlreiche Stimmen, welche auch die Einbringung sämtlicher Personalgesellschaftsanteile als einen gangbaren Weg zur Unternehmensübertragung bei Umwandlung der Personal- in eine Kapitalgesellschaft ansehen. Diese Ansicht beschränkt sich nicht nur auf Autoren, die eine Stellungnahme zu der angeführten Rechtsprechung vermissen lassen (12). Sie wird eigenartigerweise auch unter Hinweis auf RGZ 74/6 vertreten (13). Für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt grundsätzlich nichts anderes als für eine Personalhandelsgesellschaft. Auch ihr Vermögen soll in eine GmbH oder AG dergestalt eingebracht werden können, daß alle Gesellschafter ihre Anteile einlegen und die Kapitalgesellschaft dadurch zur Alleineigentümerin des Gesellschaftsvermögens machen (14). Nur Wieland, der ebenfalls eine Vermögensübertragung durch Einlage sämtlicher Anteile für möglich hält, lehnt die reichsgerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich ab - allerdings mit einer Argumentation, die in sich unverständlich ist (15). Andere (16) haben versucht, die Einlage aller Anteile mit einer

-
- (12) Schumann, HR I, S.425; Rupp, StuW 1954/Sp.156; v.Wallis, CR (= GmbHR) 1949/33; Räß, DStZ 1933/154; Scherrer, Diss., S.60; Heine, Diss., S.56
- (13) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11, im Gegensatz zu Anm.10, wo die Übertragung sämtlicher Anteile auf einen Dritten unter Hinweis auf RGZ 74/6 als Veräußerung des Gewerbebetriebes im Wege der Singularsukzession gewertet wird; Staub-Pinner, § 145 Anm.8; Eisner, Diss., S.85
- (14) Geiler in Düringer-Hachenburg II 1, Allg.Einleitg. Anm.281; Staudinger-Keßler, § 730 Anm.24 (allerdings in wörtlicher Übernahme der Bearbeitung durch Geiler in der Voraufgabe); Soergel-Siebert, § 730 Anm.11; Erman, § 730 unter 4 b
- (15) Wieland, HR I, S.822: Es "sind die vom RG gegen die Übertragung der

analogen Anwendung der §§ 142, 130 HGB, 738 BGB zu begründen.

Das RG verlangt bei einer Anteilsübertragung die Fortdauer der Gesellschaft über die Anteilsübertragung hinaus. Es verneint die Möglichkeit einer Anteilsübertragung dann, wenn durch sie die Gesellschaft erlischt. Diese Auffassung verdient Zustimmung. Man kann zwar zwischen der Übertragung aller Anteile auf eine Person, die erst zum Erlöschen hinführt und dem Erlöschen der Gesellschaft selbst, das erst der Vereinigung aller Anteile in einer Hand nachfolgt, unterscheiden. Der Sache nach aber soll der Erwerber nicht Gesellschafter, sondern Geschäftsinhaber werden (17). Er erwirbt dem Inhalt nach keine Gesellschaftsanteile.

Die Gesellschaftsanteile wären ihres gesellschaftlichen Inhalts entleert. Die Untrennbarkeit von Anteil am Gesellschaftsvermögen und Mitgliedschaft ist allgemein anerkannt (18). Die Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile auf einen Dritten würde eine solche Trennung - wenigstens soweit sie überhaupt vorstellbar ist - bedeuten. Der Untergang der Gesamthand - es gibt keine Einmannpersonalgesellschaft - hat notwendig auch den Untergang der zu übertragenden Mitgliedschaftsrechte selbst zur Folge (19). Dann kann von Vertretungs-

Anteile sämtlicher Gesellschafter vorgebrachten Gründe nicht überzeugend. Die OHG würde nicht fortauern, sondern gleich wie bei der Übertragung sämtlicher Anteile an einen Gesellschafter oder einen Dritten untergehen und die Zessionarin durch die Vereinigung der Anteile in einer Hand Alleineigentümerin des Gesellschaftsvermögens werden". Doch wendet sich das RG ja gerade deshalb gegen eine Anteilsübertragung, weil die OHG nicht fortauern würde.

(16) Tietze, Diss., S.57

(17) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.10

(18) Hueck, RdOHG, S.159: Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist Ausfluß der Mitgliedschaft und kann von ihr nicht gelöst werden; Geiler in Düringer-Hachenburg, Allg.Einleitg. II 1, Anm.25; Staudinger, Vorbem. vor § 705 Anm.43 f.; Würdinger, Gesellschaften I, S.61; Hueck, JZ 54/505. Besonders klar kommt die Untrennbarkeit dadurch zum Ausdruck, daß es zur Verfügung über einen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens auch der Zustimmung desjenigen Gesellschafters bedarf, dessen Kapitalanteil 0 beträgt. Ist diese Verfügungsmitberechtigung für ihn etwa Mitgliedschaftsrecht (so v. Godin, JR 1948/65) oder Anteil am Gesellschaftsvermögen (so Hueck, RdOHG, S.289)? Praktische Konsequenzen hat diese Frage nicht.

(19) Heim, BB 1947/326; Bock, Diss., S.13

Geschäftsführung-, Stimmrechten usw. keine Rede mehr sein. In der Hand des Erwerbers verbleibt allein der Wert des Kapitalanteils und etwaiger weiterer Rechte wie Patente oder Lizenzen. Auch die Haftung für Gesellschaftsschulden nach § 130 HGB trifft den Erwerber dieser entleerten Gesellschaftsanteile nicht. § 130 HGB setzt das Bestehen einer Gesellschaft und den Eintritt in diese voraus. Er will den Kredit der Gesellschaft erhöhen und die Rechtsverfolgung gegen sie erleichtern. Von alledem kann hier keine Rede sein (20).

(20) aa) Läßt man die Übertragung sämtlicher Anteile auf einen Erwerber zu und erblickt darin die Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven auf ihn (so z.B. Tietze, Diss., S.102), so hat man in Wahrheit eine lediglich durch mehrere Abtretungserklärungen - nämlich so viele wie Anteile vorhanden sind - vollziehbare Übertragung eines Sondervermögens *uno actu* zugelassen. Eine eigentliche Gesamtrechtsnachfolge in das Unternehmen liegt zwar nicht vor, weil die Veräußerer verhaftet bleiben (Wieland, HR I, S.296). Der Sache nach handelt es sich jedoch um eine von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vorgenommene Übertragung des Unternehmens durch einheitlichen formellen Verfügungsakt. De lege lata wird diese empfehlenswerte (K. Lehmann, in Festschrift für Cohn, S.414) Übertragungsart durch § 25 HGB ausgeschlossen. Daran ändert nichts, daß "genau betrachtet diese Art der Umwandlung keine Umgehung des Grundsatzes, die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft (schweizerische Bezeichnung für OHG) könne nur durch Neugründung geschehen", ist, "sondern bloß eine Umgehung des Grundsatzes, der Übergang eines Unternehmens mit Aktiven und Passiven könne nur im Wege der Singularsukzession stattfinden" (Scherrer, Diss., S.61).

bb) Läßt man eine Übertragung sämtlicher Anteile auf einen Erwerber zu, behandelt aber den Übergang der Verbindlichkeiten nach den allgemeinen Vorschriften (so anscheinend Geiler in Düringer-Hachenburg, Allg.Eintlg. II 1, Anm.281), so setzt man sich mit anerkannten Grundsätzen des Personalgesellschaftsrechts in Widerspruch. Eine Übertragung des Anteils an sämtlichen Aktiven ist unzulässig (Wieland, HR I, S.659). Eine solche Verfügung ist nicht nur unwirksam, sondern rechtlich bedeutungslos (Wieland, a.a.O.). Der Sache nach handelt es sich um eine von den Gesellschaftern gemeinschaftlich vorgenommene Gesamtabtretung sämtlicher Aktiven durch einheitlichen formellen Akt. Auch dieses Weniger einer erleichterten Über-

Daher ist jede Anteilsübertragung, die zur Vereinigung aller Anteile in einer Hand führt, rechtlich unzulässig. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um die gleichzeitige Übertragung aller Anteile auf einen außenstehenden Dritten oder um die im Verlauf einer sukzessiven Anteilsübertragung vorgenommene Übertragung des Anteils auch des letzten Mitgesellschafters auf den einzigen zurückbleibenden Gesellschafter handelt. Im ersten Falle fehlt es hinsichtlich aller, im zweiten hinsichtlich des letzten Anteils an einer wirklichen Anteilsübertragung. Dennoch sind die Fälle verschieden zu beurteilen. Während im ersten Falle eine von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vorgenommene Übertragung des Gesellschaftsvermögens im Wege der Singularsukzession anzunehmen ist, muß und kann die Übertragung im zweiten als Vereinbarung einer Vermögensübertragung nach § 142 aufrechterhalten werden, § 140 BGB (21). Hieraus ergeben sich für die Umwandlung Folgerungen. Die rechtsgeschäftliche Anteilsübertragung ist zwar aus sich heraus nicht geeignet, die Umwandlung unmittelbar herbeizuführen, sie vermag aber zur Vorbereitung einer Umwandlung zu dienen (22). Die Anteile werden sukzessive übertragen. Dadurch wird die Kapitalgesellschaft zunächst Gesellschafterin der umzuwandelnden Personalgesellschaft. Den Schlußstein der Vermögensübertragung bildet in Wahrheit eine Übernahme nach § 142 HGB. Es mag sein, daß jene Auffassungen, die sich für eine Einlage aller Anteile in die zu gründende Kapitalgesellschaft aussprechen, diese Gestaltung vor Augen haben. Aber dazu bedarf es nicht nur einer besonderen Vereinbarung, sondern auch tatsächlich sukzessiver Übertragungshandlungen. Über diese Umwandlungskonstruktion, die besondere rechtliche Schwierigkeiten aufwirft, vgl. S. 121 dieser Arbeit. Sie ist jedoch nicht der Regelfall, der gemeint ist, wenn sämtliche Gesellschafter ihre Personalgesellschaftsanteile als Sacheinlage einbringen wollen. Dem Regelfalle liegt eine Vereinbarung zugrunde, wie sie auf S. 56 dieser Arbeit beispielhaft dargestellt ist. Dann handelt es sich um die gleichzeitige Einlage aller Anteile in die neu zu gründende Kapitalgesellschaft. Und eine solche Einlage ist unzulässig.

tragung (dafür de lege ferenda Lehmann, a. a. O., S. 411) kennt unser Recht nicht.

(21) Heim, BB 1947/325 (326)

(22) Heim, a. a. O.

3) Mögliche, aber regelmäßig unübliche Einlage von Miteigentumsbruchteilen

a) Die Bruchteilseinbringung nach der Finanzrechtsprechung

Die Finanzrechtsprechung hatte sich wiederholt mit der Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften zu befassen. Anlaß war die Frage, ob der Übergang des Vermögens auf die Kapitalgesellschaft Umsatzsteuerpflicht auslöst. Um sie zu beantworten, mußten sich die Finanzgerichte auch mit der weiteren Frage auseinandersetzen, in welcher Weise die Vermögensübertragung von den Gesellschaftern vereinbart und vollzogen wird. Dabei standen die typischen Sacheinlageabkommen, wie sie auf Seite 56 beispielhaft zitiert wurden, zur Beurteilung. Die Finanzrechtsprechung begriff diese gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen ausnahmslos - und darin lag ihre negative Bedeutung - als eine Auseinandersetzung der Gesamthand in eine Bruchteilsgemeinschaft und eine Verpflichtung der Gesellschafter, ihre Miteigentumsbruchteile an den einzelnen Gegenständen des Betriebsvermögens in die Kapitalgesellschaft einzulegen. Dieser ständigen Rechtsauffassung des RFH folgte der BFH bis zum Jahre 1958. Erst im Urt. v. 20.2.1958 (1) ist er von ihr abgegangen. Gleichwohl hat diese Rechtsprechung auch heute noch Bedeutung. Das beruht darauf, daß nicht etwa die Bruchteilseinbringungstheorie als solche, sondern nur ihre Ausschließlichkeit aufgegeben wurde.

Grundlegend für die bis zum Jahre 1958 gültige Rechtsprechung ist die Entscheidung des RFH vom 31.12.1934 (2). Die Gesellschafter einer OHG gründeten eine AG, an die sie ihre Einlagen dergestalt leisteten, daß sie das Vermögen von jener auf diese unter Ausschluß der Liquidation übertrugen. Der RFH führt aus: "Die Gesellschafter der OHG konnten das Betriebsvermögen der OHG in die AG nur einbringen, wenn dieses Vermögen zunächst von der OHG auf sie übergegangen war. Ein solcher Übergang hat spätestens in dem Zeitpunkt stattgefunden, in dem die beiden Gesellschafter über das Vermögen verfügten. Das Betriebsvermögen ist hiernach zweimal veräußert worden, nämlich von der OHG an die Gesellschafter und von den Gesellschaftern an die Aktienge-

tragung (dafür de lege ferenda Lehmann, a.a.O., S.411) kennt unser Recht nicht.

(21) Heim, BB 1947/325 (326)

(22) Heim, a.a.O.

(1) BStBl. III, 1958/271 = StuW 1958/Nr. 196 = AG 1958/159 ff.

(2) RStBl. 1935/373 = StuW 1935/Nr. 249

sellschaft. Der zweite Rechtsvorgang ist nach § 2 Nr.7 UStG 1926 (3) umsatzsteuerfrei, weil er nach § 6 KVStG (4) gesellschaftssteuerpflichtig ist. Der erste Rechtsvorgang, die Herausgabe des Vermögens der OHG an die Gesellschafter, ist dagegen umsatzsteuerpflichtig als letzter Akt der gewerblichen Tätigkeit der OHG, die als solche umsatzsteuerrechtlich Unternehmer war."

An dieser Rechtsprechung hat der RFH ohne weitere Begründung festgehalten (5). Sie wurde vom OFH (6) mit der gleichen Begründung fortgeführt. Der BFH (7) hat sie zunächst aufrechterhalten und weiter ausgebaut. "Verfügen die Gesellschafter einer OHG auf Grund einer Verpflichtung, die jeder einzelne dieser Gesellschafter einem Dritten gegenüber eingegangen ist, über das Geschäftsvermögen der OHG, so beenden sie damit das Gesamthandsverhältnis. Der Vorgang vollzieht sich in der Weise, daß die OHG ihr Vermögen auf ihre Gesellschafter gegen Rückgabe von deren Gesellschafterrechten überträgt, worauf dann jeder einzelne Gesellschafter den auf ihn entfallenden Anteil zur Erfüllung seiner Verpflichtung verwendet, hier also in die Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Anteilen an dieser einbringt." (8) Diese Ansicht gewinnt der BFH aus dem Gründungshergang. Auch bei einer Umwandlung werde das übliche, für die Gründung einer GmbH angewandte Schema zugrunde gelegt. In den ersten §§ des Vertrages werde Firma, Sitz und Gegenstand des Unternehmens vereinbar. Alsdann würde das Stammkapital der Gesellschaft festgesetzt, worauf sich die Gesellschafter zur Übernahme bestimmter Stammeinlagen verpflichteten. Es könne kein Zweifel sein, daß alle Beteiligten bis dahin als Einzelpersonen handelten. Wenn nunmehr die Gesellschafter der OHG erklärten, daß sie das Geschäftsvermögen der OHG zur Erfüllung ihrer Einlageverpflichtungen einbrächten, während die neue Kapitalgesellschaft ihrerseits dieses Einbringen auf die vereinbarte Stammeinlage annehme, so handelten die Gesellschafter der OHG auch hier als Einzelpersonen gem. § 5 Abs.4 GmbHG. Sie würden nicht etwa einen Gesellschafterbeschluß zur Übertragung des Vermögens auf die Kapitalgesellschaft fassen. Da sie im Rahmen der Errichtung

(3) Heute ist die entsprechende Vorschrift § 4 Ziff.9 UStG

(4) Heute ist die entsprechende Vorschrift § 2 Ziff.1 KVStG

(5) Urt. v. 11.10.1940, RStBl. 1940/982 = StuW 1940, Nr.507; Urt. v. 10.7.1942, RStBl. 1942/952 = StuW 1942, Nr.382; Urt. v. 30.11.1944, RStBl. 1945/45

(6) Urt. v. 12.5.1950, StuW 1950, Nr.85

(7) Urt. v. 27.11.1952, BStBl.III, 1953/44 = StuW 1953, Nr.34

(8) BFH, a.a.O.

der neuen Kapitalgesellschaft zur Erfüllung der der Kapitalgesellschaft gegenüber eingegangenen Einlageverpflichtungen handelten, sei die OHG nur Objekt. Damit aber träten die Gesellschafter der OHG der von ihnen gegründeten GmbH selbständig als Einzelpersonen gegenüber und verfügten über das Vermögen der OHG als über ihr persönliches Vermögen. Sie übertrügen es zur Erfüllung der von jedem einzelnen Gesellschafter übernommenen und von ihm nach § 19 Abs.3 GmbHG als Einzelperson zu vollziehenden und ihn nur dann befreienden Verpflichtung zur Leistung der Stammeinlage. Damit zerreiße die Gesamthand. Die bisherigen offenen Handelsgesellschafter würden zwangsläufig je ein Miteigentumsrecht nach Bruchteilen erwerben. Irgendwo und irgendwann müsse einmal das Gesamthandsverhältnis zerreißen, damit die Gesellschafter der neuen Kapitalgesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommen könnten, ihre Betriebsvermögenseinlagen an die Kapitalgesellschaft zu leisten. Der Erwerb der Bruchteile sei als tauschähnlicher Vorgang gegen Rückgabe der Gesellschafterrechte an die damit erlöschende OHG zu denken. Vollzögen die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft den Gründungsvertrag durch ihre Unterschrift, so werde damit nicht nur die Kapitalgesellschaft errichtet, sondern es würden auch die auf sie von der OHG nach Bruchteilen übergegangenen Berechtigungen auf die Kapitalgesellschaft zur Erfüllung der Einlageverpflichtungen übertragen. Alsdann erhielten sie von der Kapitalgesellschaft ihre Anteile als Einzelberechtigte und nicht als Berechtigte zur gesamten Hand.

Seit der Entscheidung des RFH vom 21.12.1934 ist die Literatur gegen diese Rechtsprechung Sturm gelaufen (9). Nur wenige Stimmen haben sie - z.T. mit abweichender Begründung (10) - verteidigt (11). Die Kritik richtete sich vor allem dagegen, daß der BFH seine Bruchteilseinbringungstheorie als die einzig mögliche ansah (12) und eine Bruchteilseinbringung auch bei solchen vertraglichen Gestaltungen annahm, bei denen sie offensichtlich nicht gemeint war. Sie richtete sich jedoch nicht gegen die Möglichkeit als solche,

(9) Aus der neueren Literatur vgl. vor allem: Angerer, StuW 1949/Sp.335 ff.; Rupp, StuW 1951/Sp.55 ff.; 1953/Sp.157 ff.; 1954/Sp.152 ff.; 1956/Sp.517 ff.; Müller, DStZ 1951/353 ff.; Hueck-Boettcher, StuW 1953/Sp.315 ff.; Leibrecht, StuW 1956/Sp.7 ff.

(10) Cerutti, DStZ 1956/130

(11) v. Wallis, StuW 1954/150; Hübschmann, GmbHR 1955/186

(12) Mit Ausnahme solcher Umwandlungsverträge, in denen die umzuwandelnde Personalgesellschaft selbst an der Gründung beteiligt war, vgl. S. 99 dieser Arbeit, Anm.9

die Gesamthand zunächst in eine Bruchteilsgemeinschaft auseinanderzusetzen und die Miteigentumsanteile nach Bruchteilen in die Kapitalgesellschaft einzulegen. Soweit die Angriffe gegen die Bruchteilkonstruktion als solche gerichtet waren, betraf dies nur die ihr vom BFH gegebene Ausformung, wenn auch in der erklärten Absicht, die ganze Konstruktion zu Fall zu bringen.

Der BFH und eine Teil der Literatur (13) haben in der Tat die reichsgerichtliche Rechtsprechung verkannt. Sie gibt keine Veranlassung zu der Annahme, das RG habe an die Stelle des Einbringens der Gesellschaftsanteile ein Einbringen von Miteigentumsanteilen nach Bruchteilen setzen wollen. Wenn es in der Entscheidung RGZ 74/6 - auf die sich der BFH ausdrücklich bezog - heißt, daß die Gesellschafter der OHG das nach Auflösung der OHG ihnen zustehende Geschäftsvermögen gemeinschaftlich an die neu gegründete Gesellschaft übertragen (14), so ist damit gemeint, daß keinerlei Anteile auf die GmbH übertragen werden - weder Gesellschaftsanteile noch Miteigentumsanteile nach Bruchteilen -, sondern daß die Gesellschafter gemeinschaftlich die Vermögensübertragung vornehmen. Andere Entscheidungen des RG (15) bestätigen das. Im gleichen Sinne wurde diese Rechtsprechung auch von der Literatur aufgefaßt und gebilligt (16). Mit Recht ist darauf verwiesen worden (17). Ihr hat sich der BFH nunmehr angeschlossen, indem er auch die Form des gemeinschaftlichen Einbringens anerkennt. An Stelle zweier Vermögensübertragungen - nämlich von der Personalgesellschaft auf die Gesellschafter und von diesen auf die Kapitalgesellschaft - könne auch nur eine einzige treten. Das Vermögen könne direkt von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft übertragen werden. Das bedeutet, daß die umsatzsteuerpflichtige Übertragung auf die Gesellschafter entfällt. Es ist evident, daß eine solche Konstruktion dem Willen der Gesellschafter und dem wirtschaftlichen Zweck der Umwandlung besser gerecht wird. Daher ist regelmäßig diese gemeint.

(13) Müller, DStZ 1951/353 (der aber sonst die Rspr. des BFH ablehnt); Cerutti, DStZ, a.a.O.; Hübschmann, a.a.O.

(14) RGZ 74/6 (10): "Den Gegenstand des Einbringens bildet im vorliegenden Falle also das gesamte Vermögen der OHG."

(15) Hier ist es als selbstverständlich angesehen, daß die Personalgesellschaft ihr Vermögen auf eine von ihren Gesellschaftern gebildete GmbH überträgt, vgl. RGZ 64/77 (78); RG, JW 1908/686, Nr.25; im gleichen Sinne OLG Karlsruhe, JW 1928/2644, Nr.4; KG, JW 1935/1792, Nr.30.

(16) vgl. die in Anm.10,12,13,14 auf S.60 u.61 dieser Arbeit Genannten.

(17) Rupp, StuW 1951/Sp.55

(18) Hueck, StuW 1953/315; Heim, BB 1947/325; Buchwald-Tiefenbacher, S.161; Lehmann, GR, S.358/359; Koehler, S.112; Bock, Diss., S.11

b) Die Bruchteilseinbringung in der Umwandlungspraxis

Indes kann sich der Vermögensübergang auch im Wege der Bruchteilseinbringung vollziehen. Das ist allgemein anerkannt (18). Nur ist diese Umwandlungsart dadurch, daß sie Umsatzsteuer auslöst und eine Übertragung der Grundstücke zunächst auf die Bruchteilsgemeinschaft erfordert, ungebrauchlich. Aber rechtlich unmöglich ist sie nicht. Doch muß für diese Art der Umwandlung ein ausdrücklicher Wille der Gesellschafter ersichtlich sein (19). Es genügt auch noch nicht, daß unkorrekterweise vom Einbringen der Beteiligungen gesprochen wird.

Wenn freilich eine Umwandlung nach der Bruchteilseinbringungsmethode vereinbart sein sollte, dann ist diese handelsrechtlich im einzelnen etwas anders zu konstruieren, als es der BFH angenommen hat.

Man hat mit Recht dogmatische Bedenken dagegen vorgebracht, daß die Gesellschafter die Bruchteilsanteile durch einen täuschähnlichen Vorgang gegen Rückgabe ihrer Gesellschafterrechte an die Personalgesellschaft erhalten sollen. Eine OHG kann nicht ihr Vermögen in Form von Bruchteileigentum gegen Rückgabe der Gesellschafterrechte an ihre Gesellschafter ausschütten, weil eine Personengesellschaft - im Gegensatz zu einer Kapitalgesellschaft - nicht Gesellschafterrechte, die sich nur gegen sie selbst richten, erwerben kann (20). Der Rechtsvorgang ist vielmehr so zu denken, daß die Gesellschafter der OHG zunächst deren Auflösung beschließen und sodann die Auseinandersetzung dergestalt vereinbaren, daß an den einzelnen Gegenständen des ihnen zur gesamten Hand zustehenden Gesellschaftsvermögens Bruchteileigentum begründet wird (21). Dieser Vorgang wird von der h.L. - unabhängig von der Annahme eines täuschähnlichen Charakters - als letzter Akt der gewerblichen Tätigkeit der Umsatzsteuer unterworfen (22).

Der "täuschähnliche Vorgang" des BFH ist die Konsequenz aus seinem irrigen Ausgangspunkt, die Gesellschafter könnten allein durch Handlungen, die sie als einzelne vornehmen, die Umwandlung durchführen. In Wahrheit sind in den kapitalgesellschaftlichen Gründungsvereinbarungen notwendig zugleich Gesellschaftsbeschlüsse der Personalgesellschaft enthalten. So fassen alle Ge-

(19) Müller, DStZ 1951/35; Rupp, StuW 1951/Sp.59; Hueck-Boettcher, StuW 1953/Sp.322

(20) Hueck, StuW 1953/Sp.320; Leibrecht, StuW 1956/Sp.12,13

(21) Boettcher, StuW 1953/Sp.322

(22) Boettcher, StuW 1953/Sp.323; Müller, DStZ 1951/Sp.35; Heim, BB 1947/S.326

sellschafter, wenn sie sich als einzelne gegenüber der Kapitalgesellschaft zur Einlage ihrer Miteigentumsbruchteile verpflichten, doch gleichzeitig als Gesamtheit einen Auflösungsbeschluß in bezug auf die Personalgesellschaft. Die Auflösung der Personalgesellschaft kann nicht durch ein zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern abgeschlossenes Rechtsgeschäft - etwa den Tausch der Mitgliedschaft gegen Miteigentumsanteile nach Bruchteilen - geschehen (23). Sie kann stets nur durch einen Beschluß erfolgen. Außerdem fassen alle Gesellschafter, da sie das Gesamthandsvermögen nur gemeinschaftlich auf die zwischen ihnen bestehende, mit der Personalhandelsgesellschaft nicht identische Bruchteilsgemeinschaft übertragen können, auch einen dementsprechenden Auseinandersetzungsbeschluß, den sie gemeinschaftlich vollziehen. Bei Grundstücken bedarf es der Auflassung und Eintragung (24, 25).

Wenn gegen die Rechtsprechung des BFH vorgebracht wird, daß bei einer Umwandlung Grundstücke niemals aus dem Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum umgeschrieben werden (26), so beweist dies nur, daß die Bruchteilseinbringungstheorie im Regelfall mit den tatsächlichen Gegebenheiten in Widerspruch steht und den Regelfall konstruktiv nicht zu erfassen vermag. Gegen die Möglichkeit einer Bruchteilseinbringung als solche, z.B. wenn keine Grundstücke im Gesellschaftsvermögen enthalten sind, beweist dies ebensowenig,

(23) Boettcher, StuW 1953/Sp.326

(24) Die Umwandlung von Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum am Grundstück bedarf der Auflassung, Staudinger, § 719 Anm.23; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.12; Geiler in Düringer-Hachenburg, Allg.Einlgt. Anm.163

(25) Diese richtig verstandene Bruchteilseinbringungskonstruktion entzieht übrigens auch schon der Ausgangsvorstellung des BFH, wonach die Gesellschafter bei Gründung der Kapitalgesellschaft überhaupt nur als Einzelpersonen Verpflichtungen eingehen, im Rahmen der Gründungsvereinbarungen keine Gesellschafterbeschlüsse für die Personalgesellschaft fassen und deshalb das Betriebsvermögen auch nicht gemeinschaftlich auf die Kapitalgesellschaft übertragen könnten, den Boden. Denn wenn auch bei der Bruchteilseinbringung in Wahrheit eine durch Gesellschafterbeschluß vereinbarte und gemeinschaftlich vollzogene Übertragung des Betriebsvermögens auf eine andere Personengemeinschaft (eben die Bruchteilsgemeinschaft) vorliegt, so ist nicht einzusehen, warum diese andere Personengemeinschaft nicht die neu gegründete Kapitalgesellschaft unmittelbar sein kann.

(26) Cerutti, DStZ 1953/31

wie die unzutreffende Bruchteilseinbringungskonstruktion des BFH angesichts der richtigen. Während die Aktiven des Betriebsvermögens in Bruchteilen eingebracht werden, haftet die Kapitalgesellschaft für die Schulden der Personalgesellschaft nur, wenn sie sie neben den Personalgesellschaftlern bzw. an deren Stelle besonders übernommen hat oder sie ihr kraft Gesetzes, § 25 HGB, zusätzlich zur Last fallen (27).

4) Gemeinschaftliches Einbringen des Betriebsvermögens

- a) Ein Vertrag zwischen der Personal- und der Kapitalgesellschaft zugunsten der Gesellschafter als Bestandteil der Einbringungsvereinbarung

Sowohl im Zusammenhang mit der Umwandlungskonstruktion durch Einbringung sämtlicher Personalgesellschaftsanteile als auch mit jener durch Einlage von Miteigentumsbruchteilen ist bereits ausgeführt worden, daß die Gesellschafter das ihnen zur gesamten Hand zustehende Vermögen gemeinschaftlich und ungeteilt auf die Kapitalgesellschaft übertragen können, um ihre Einlageverpflichtungen zu erfüllen. Sie können es, wie treffend formuliert wurde, "gemeinschaftlich in eine Richtung bewegen" (1). Das ist im Anschluß an die reichsgerichtliche Rechtsprechung (2), die nunmehr auch vom BFH anerkannt wird (3), ganz einhellige Meinung (4). Man spricht kurz von einer Übertragung durch die Personal- auf die Kapitalgesellschaft (5). Die Aktien- oder

(27) Heim, BB 1947/325; Koehler, S.112

(1) Angerer, StuW 1949/Sp.336

(2) vgl. Anm. 14 und 15 auf S.68 dieser Arbeit

(3) Urt. v. 20.2.1958, vgl. Anm.1 auf S.65 dieser Arbeit

(4) Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.16; Weipert in RGRK HGB, § 143 Anm. 10; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11; Bing in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm.37; Staub-Pinner, § 145 Anm.8; Heim, BB 1947/325; Hueck, RdOHG, S.353; Lehmann, GR, S.359; Eisner, Diss., S.85; Heine, Diss., S.33 ff.; Scherrer, Diss., S.60; Rist, Diss., S.22; Tietze, Diss., S.8 ff.; bezügl. des Vermögens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Staudinger-Keßler, § 730 Anm.24; Soergel-Siebert, § 730 Anm. 11; Erman, § 730 unter 4b; Fischer in RGRK BGB, § 730 Anm.15; Geiler in Düringer-Hachenburg II 1, Allg.Einleitg. Anm.281

(5) Das wird, um insbesondere umsatzsteuerrechtlich zu keiner anderen Beurteilung Anlaß zu geben, in den Gesellschaftsverträgen häufig klargestellt. So wird etwa der Vereinbarung "A und B bringen das von der OHG betrie-

GmbH-Anteile werden den Gesellschaftern von der Kapitalgesellschaft unmittelbar zugewiesen. Sie erwerben diese als ihr Sondereigentum. Darin liegt die Auseinandersetzung der Personalgesellschaft (6). Da jeder Gesellschafter als Einzelperson Gründer ist, hat auch nur er Anspruch auf Ausfolgung der Anteile gegen die Kapitalgesellschaft. Diese Art der Auseinandersetzung ist daher in allen Umwandlungsvereinbarungen zu sehen, in denen die Gesellschafter im eigenen Namen als Gründer auftreten und das Betriebsvermögen gemeinschaftlich zur Deckung ihrer Einlageverpflichtungen einbringen wollen (7). Für eine Liquidation ist - sofern nicht einzelne Vermögensgegenstände von der Einbringung ausgenommen und versilbert werden sollen - kein Raum. Ein Gesellschaftsvermögen ist nicht mehr vorhanden (8). Interne Ausgleichungspflichten können noch bestehen. Sie sind dann Inhalt und Teil dieser anderen Art der Auseinandersetzung. Einer ausdrücklichen Vereinbarung dahin, daß die Aktien- oder GmbH-Anteile den Gesellschaftern von der Kapitalgesellschaft unmittelbar zugewiesen werden sollen, bedarf es nicht. Die Anteile fallen nicht mangels einer derartigen Vereinbarung zunächst in das Gesamthandseigentum der umzu-

bene Unternehmen mit allen Aktiven und Passiven ... nach Maßgabe der Bilanz per ... ein usw." noch die Formulierung angefügt, "die Einbringung erfolgt in der Weise, daß die OHG ihr Vermögen unmittelbar auf die Gesellschaft überträgt".

- (6) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11; Geiler in Düringer-Hachenburg II 1, Allg.Einleitg. Anm.281
- (7) Flechtheim, a.a.O.
- (8) Auch wenn die Liquidation auf diese Weise ausgeschlossen ist, kann noch über die Eintragung der Kapitalgesellschaft hinaus Gesellschaftsvermögen der OHG oder KG vorhanden sein, ohne daß Vermögensgegenstände von der Einbringung ausgeschlossen sind und hinsichtlich ihrer eine besondere Liquidation stattfinden müßte. Der Regelfall ist dies zwar nicht. Meist ist bei oder unmittelbar nach der Eintragung der Kapitalgesellschaft das gesamte Vermögen auf diese übertragen, so daß die Personalgesellschaft entweder gleichzeitig mit Eintragung der Kapitalgesellschaft oder wenige Tage danach gelöscht wird. Es können aber auch Jahre vergehen. Ein Beispiel bildet die Umwandlung der bekannten Elektrofirma Braun OHG in die Braun AG. Die AG wurde am 4. Januar 1962 ins Handelsregister Frankfurt eingetragen. Die OHG war im Jahre 1964 im gleichen Register noch nicht gelöscht. Das Vermögen war wohl wirtschaftlich, aber noch nicht rechtlich in vollem Umfange auf die AG übertragen worden. Vgl. auch Anm.6 auf S.150 dieser Arbeit.

wandelnden Personalgesellschaft, so daß erst hier eine Verteilung auf die Gesellschafter und erst hier die Auseinandersetzung der Personalgesellschaft notwendig würde (9).

Von den Vereinbarungen der Gesellschafter über die Art der Einlageverpflichtungen sind die der Ausführung dieser Vereinbarungen dienenden Geschäfte zu unterscheiden. Zu ihnen gehören zweifellos die Übereignungshandlungen, Abtretungen usw., die zwischen der Gemeinschaft der Gesellschafter und der Kapitalgesellschaft vorzunehmen sind. Sie sind zur Singularübertragung des Betriebsvermögens erforderlich. Keineswegs so selbstverständlich ist indes, daß es dazu erst noch eines Vertrages zwischen der Personalgesellschaft und der Kapitalgesellschaft zugunsten ihrer Gesellschafter bedarf, der zwischen die Begründung der Einlageverpflichtungen und ihre Erfüllung tritt und den Rechtsgrund der Erfüllungsgeschäfte abgibt. Das nimmt Hueck an (10). Es verpflichteten sich nicht nur die Gesellschafter der Personalgesellschaft, der von ihnen gegründeten Kapitalgesellschaft als Einlage das Geschäftsvermögen der Personalgesellschaft zu beschaffen, sondern es schließe auch die Personalgesellschaft ihrerseits einen Vertrag mit der Kapitalgesellschaft zugunsten ihrer Gesellschafter, durch den sie sich verpflichte, ihr ganzes Vermögen der Kapitalgesellschaft zu übertragen, während die Kapitalgesellschaft als Gegenleistung dieses Vermögen auf die Einlagepflichten der Gesellschafter anrechne (11), diesen also die Geschäftsanteile zuerkenne, ohne daß die Gesellschafter noch weitere Einlagen zu erbringen hätten. Es verfügten also die Gesellschafter der OHG nicht auf Grund einer Verpflichtung, die jeder einzeln einem Dritten gegenüber eingegangen sei, über das Gesellschaftsvermögen, was sie gar nicht könnten, sondern die OHG schließe das Verpflichtungsgeschäft, nämlich den Vertrag zugunsten Dritter, selbst ab und verfüge zur Erfüllung dieses Vertrages über ihr Vermögen.

(9) vgl. auch S.86 u. 87 dieser Arbeit

(10) Hueck, StuW 1953/Sp.320

(11) In dieser Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter ist die Kapitalgesellschaft Versprechender, Versprechensempfänger ist die Personalgesellschaft, Dritte sind die Gesellschafter der Personal- und zukünftigen Kapitalgesellschaft als einzelne (Rupp, StuW 1956/Sp.517; Cerutti, DStZ 1956/130).

Diese Konstruktion hat Zustimmung gefunden (12, 13). Sie wurde weiter ausgebaut (14). Durch den Abschluß eines solchen Vertrages zugunsten Dritter würden die Vereinbarungen, die die Umwandlung ausmachten - nämlich die Vereinbarung der Errichtung einer Kapitalgesellschaft, der Beschluß gem. § 131 HGB, die Personalgesellschaft aufzulösen sowie die Vereinbarung gem. § 145 HGB, wonach anstelle der Liquidation der Personalgesellschaft deren Vermögen mit Aktiven und Passiven gesamthänderisch in die Kapitalgesellschaft einzulegen sei - vollzogen. Die durch diese Vereinbarungen der Gesellschafter festgelegten Rechtsbeziehungen bildeten das dem Vertrag zugunsten Dritter zugrunde liegende Valutaverhältnis.

Weder in der Rechtsprechung des RG noch in der übrigen handelsrechtlichen Literatur war für die Fälle eines gemeinschaftlichen Einbringens von einem Vertrag zugunsten Dritter die Rede. Lediglich in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BFH zur Bruchteilseinbringung war es zu einer geläufigen Argumentation geworden, aus der ständigen Rechtsprechung des RG, wonach Gesellschafter auch Gegenstände in die Gesellschaft einbringen können, die noch im Eigentum dritter Personen stehen (15), den Schluß a maiore ad minus zu ziehen, daß erst recht die Träger eines Gesamthandsvermögens dieses gemeinschaftlich in die Kapitalgesellschaft einbringen können (16), ohne zuvor Bruchteilseigentum zu erwerben.

Der BFH (17) betrachtet anscheinend den Vertrag zugunsten Dritter als eine

-
- (12) Cerutti, DStZ 1956/130; Rupp, StuW 1956/Sp.518; Leibrecht, StuW 1956/Sp.13
- (13) Nach v. Wallis, StuW 1954/151, kann das Vermögen von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft überhaupt nur dann unmittelbar übertragen werden, wenn ein entsprechender Vertrag zwischen beiden Gesellschaften zugunsten der Gesellschafter abgeschlossen wird. Doch sei zu verlangen, daß der Weg über den Vertrag zugunsten Dritter, wenn er gewählt werde, klar und deutlich in den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zum Ausdruck komme. Er könne nicht einfach hineininterpretiert werden. Da ein solcher Vertrag im Regelfall nicht vereinbart sei, könne das Betriebsvermögen doch nur auf dem Wege der Bruchteilseinbringung in die Kapitalgesellschaft eingebracht werden.
- (14) Rupp, StuW 1956/Sp.518
- (15) RGJW 1936/42, Nr.9; RGZ 118/113 (120)
- (16) Vortrag des Beschwerdeführer in BFH vom 27.11.1952, StuW 1953, Nr. 34; Rupp, StuW 1951/Sp.59;
- (17) Urt. v. 20.2.1958, StuW 1958, Nr.196

handelsrechtliche Konstruktion, die zwar möglich, aber für das gemeinschaftliche Einbringen keineswegs erforderlich ist. Denn den Ausführungen darüber, daß anstelle der Einlage von Miteigentumsbruchteilen durch die Gesellschafter auch die OHG als solche ihr Vermögen auf die neue GmbH übertragen könne, weshalb eine zweimalige und damit steuerbare Übertragung des Gesellschaftsvermögens entfielen, fügt er ergänzend hinzu: "Auch wenn man bei einer gemeinschaftlichen Einbringung des Vermögens der OHG einen Vertrag zugunsten Dritter annimmt, so zwingt auch diese zivilrechtliche Konstruktion noch nicht zur Annahme eines besonderen steuerbaren Leistungsaustausches."

b) Der Vertrag zugunsten Dritter ist dogmatisch verfehlt

Ein Vertrag zugunsten Dritter wird regelmäßig dann abgeschlossen, wenn ein Außenstehender die von einem Gründer eingegangene Einlageverpflichtung erfüllen soll. Jeder Gründer kann sich gültig verpflichten, einen fremden Gegenstand einzubringen. Statt daß er diesen Gegenstand erwirbt, um ihn einzulegen, kann der Dritte die Verpflichtung unmittelbar erfüllen. Er kann dies tun, ohne in irgendeine vertragliche Beziehung zur Kapitalgesellschaft zu treten (18). In diesem Falle fehlt es zwar nicht an der Wirksamkeit der Einlageverpflichtung, wohl aber an der Gewißheit der Erfüllung (19). Damit die Körperschaft diese Gewißheit hat, muß dem Registergericht bei der Anmeldung zur Eintragung nachgewiesen werden, daß der Dritte der Erfüllung dieser von dem Gründer eingegangenen Verpflichtung nicht entgegenhandeln wird. Dies kann entweder dadurch geschehen, daß seine Zustimmung zur Verfügung des Gründers nachgewiesen oder daß der Kapitalgesellschaft ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Dritten auf Leistung der Sacheinlage verschafft wird (20). Dafür bestehen zwei Möglichkeiten. Beide Male handelt es sich um Verträge zugunsten Dritter. Die erste Möglichkeit: Der Einleger (Gründer) schließt mit dem Außenstehenden einen Vertrag zugunsten der Kapitalgesellschaft. Diese gewinnt dadurch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Außenstehenden auf Leistung des Einlagegegenstandes (21).

(18) das folgt aus § 267 BGB; vgl. Leibrecht, StuW 1956/Sp.12

(19) Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.24; Bing in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm.135

(20) Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.24; Scholz, § 5 Anm.3; Brodmann, § 5 Anm.4; OLGR Bd.1/248

(21) Solche Drittbegünstigungsabkommen sind in der Praxis selten. Das gilt sowohl für die Fälle, in denen der Kapitalgesellschaft ein Anspruch auf

Die zweite Möglichkeit: Die Gründer schließen als Vertreter der zukünftigen Kapitalgesellschaft mit dem Außenstehenden einen Vertrag zugunsten des Einlegers. Die Kapitalgesellschaft erwirbt ein Forderungsrecht gegen den Außenstehenden auf Leistung des Einlagegegenstandes. Sie verpflichtet sich, diesen auf die Einlageverpflichtung des Einlegers anzunehmen und diesem Aktien bzw. GmbH-Anteile zuzuteilen.

Diese letzte Möglichkeit ist es offensichtlich, die mit dem Vertrag zwischen der Personal- und der Kapitalgesellschaft zugunsten der Gesellschafter angesprochen ist. Doch treffen die einen solchen Vertrag zugunsten Dritter rechtfertigenden Gründe - Sicherung der Kapitalgesellschaft und Vermeidung des Vorerwerbs durch den Gründer selbst - offenbar auf den vorliegenden Fall nicht zu. Die Vorstellung, die OHG müßte das Unternehmen durch einen Vertrag zugunsten ihrer Gesellschafter in die GmbH oder AG einbringen, damit die Gesellschafter nicht erst erwerben müssen, wozu sie sich verpflichtet haben, geht fehl. Keiner der Gesellschafter als Gründer müßte erst Bruchteilseigentum oder reale Vermögensteile oder gar das gesamte Gesellschaftsvermögen erwerben; denn in dieser Weise einzubringen, hat er sich nicht verpflichtet. Übrig bleibt

den Einlagegegenstand verschafft werden soll, als auch für jene, in denen sonstige Geschäfte vor der Eintragung mit Wirkung gegen die Kapitalgesellschaft abgeschlossen werden sollen. Soll ein Handelsgeschäft Gegenstand der vom Dritten zu erfüllenden Sacheinlage sein, so sollen regelmäßig auch die Passiven übernommen werden. Werden sonstige Geschäfte abgeschlossen, so handelt es sich regelmäßig um gegenseitig verpflichtende Verträge. Die Passiven des Handelsgeschäfts oder die Verpflichtungen aus zweiseitigen Verträgen können die Kapitalgesellschaft nicht treffen. Der Vertrag zu ihren Gunsten kann nicht auch ein Vertrag zu ihren Lasten sein. Daher können solche Verträge selbst dann nicht gegen die Kapitalgesellschaft wirksam gemacht werden, wenn sie festsetzungsbedürftige Abkommen zum Gegenstand haben und die Abkommen in der Satzung festgesetzt sind. Eine andere Frage ist es in diesem Falle freilich, ob man daraus, daß das Abkommen festgesetzt wurde, nicht auch einen Vertrag zwischen dem Dritten und den Gesellschaftern als Vertreter der zukünftigen Kapitalgesellschaft folgern kann. Im übrigen aber gilt: Schließt ein nicht für die Körperschaft im Gründungsstadium Vertretungsberechtigter einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag, so kann man regelmäßig kein Drittbegünstigungsabkommen annehmen, weil der Handelnde der Körperschaft meist nicht nur Rechte aus dem Vertrag verschaffen will, sondern die Körperschaft auch für die Verbindlichkeiten haften soll (Dregger, Haftungsverhältnisse, S. 94).

nur die gemeinschaftliche Verpflichtung zur Einlage des gesamten Gesellschaftsvermögens. Gesamthandseigentum: müssen die Gesellschafter aber nicht erst erwerben. Das haben sie schon.

Der Vertrag zugunsten Dritter kann hier auch nicht dem Sicherungsbedürfnis der Kapitalgesellschaft entsprechen. Die Interessenlage ist eine andere, wenn die Gründer eine Einlageverpflichtung über einen ihnen gesamthänderisch gehörigen Gegenstand eingehen, als wenn sie sich verpflichten, einen für sie fremden Gegenstand einzulegen. Die Kapitalgesellschaft erscheint schon durch die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung hinreichend gesichert. Das ist auch noch nicht bezweifelt worden. Obwohl die Verträge zugunsten Dritter den Unterlagen der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen sind, ist es bis jetzt mit Recht noch keinem Registergericht eingefallen, den Nachweis über einen Vertragsabschluß zwischen der OHG und der Kapitalgesellschaft zu fordern.

Es sind daher allein dogmatische Gründe, aus denen der Vertrag zugunsten Dritter für erforderlich gehalten wird. Man glaubt, ihn zwischen die Einlageverpflichtungen der Gesellschafter und die Übertragung des Vermögens von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft einschieben zu müssen, damit die Gesellschafter nicht gemeinschaftlich auf Grund von (Sacheinlage-) Verpflichtungen verfügen, die sie, wie man annimmt, als einzelne der Kapitalgesellschaft gegenüber eingegangen sind. Der Vertrag zwischen der Personalgesellschaft und der Kapitalgesellschaft zugunsten der Gesellschafter wird daher in die gesellschaftsvertragliche Sacheinlagevereinbarung hineininterpretiert (22).

(22) Theoretische Schwierigkeiten macht das nicht. Soll ein Dritter die Sacheinlageverpflichtung eines Gründers erfüllen, so kann die Illation auch in der Weise erfolgen, daß die Gründer die Gegenstände im Gesellschaftsvertrag von dem außenstehenden Dritten mit der Abrede übernahmen, daß sie die Einlage eines Gesellschafters bilden sollen (Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.24). Es ist also nicht erforderlich, daß der Vertrag mit dem Dritten außerhalb des Gesellschaftsvertrages geschlossen wird. Der mit diesem Dritten im Gesellschaftsvertrag geschlossene Vertrag wird ebenfalls mit der Eintragung der Gesellschaft für dieselbe unmittelbar wirksam (Hachenburg-Schilling, a.a.O.). Auch der Dritte unterzeichnet den Gesellschaftsvertrag. Er ist hier zwar an der Festsetzung des Gesellschaftsvertrages beteiligt, aber er ist nicht Gründer. Er hat keine Stammeinlage oder Aktie übernommen (Fischer in Großkomm.AktG, § 2 Anm.6). Betrachtet man die OHG als den Dritten, der mit den Gründern der Kapital-

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Gesellschafter sich schon der Kapitalgesellschaft gegenüber nur zu einer gemeinschaftlichen Sacheinlageleistung verpflichten. Das wird ja auch unabhängig von der Frage, ob ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, angenommen (23). Kein Gesellschafter geht als einzelner eine Einlageverpflichtung auf Leistung einer Sacheinlage ein. Der einzelne Gründer verpflichtet sich gerade nicht, seinen Gesellschaftsanteil oder einen Miteigentumsbruchteil am (ehemaligen) Gesellschaftsvermögen einzubringen, ebenso wenig reale Teile oder das ganze Vermögen. Die von ihm eingegangene Verpflichtung ist vielmehr eine Gesamtverpflichtung. Sie begründet eine Gesamthandsschuld, wie sie zwangsläufig in all den Fällen entsteht, in welchen eine auf Übertragung von Gesamthandseigentum bezügliche Verpflichtung von allen Gesellschaftern übernommen wird (24). Eine Gesamthandsverpflichtung muß keineswegs unter der Firma der OHG begründet werden. Es genügt, daß die Zurechnung der Verpflichtung zum Gesamthandsvermögen erkennbar ist (25). Es gibt keine Gesamthandsschuld außerhalb der OHG (26), weil es keine Gesamthandsgemeinschaft außerhalb der OHG gibt. Wenn man daher die Einlageverpflichtungen der Gesellschafter als eine Gesamthandsverpflichtung auffaßt - und eine andere Alternative besteht nicht - so ist diese bereits eine Verpflichtung

gesellschaft den im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Illationsvertrag abschließen soll, so müssen für die OHG sämtliche Gesellschafter handeln; denn die OHG ist aufgelöst und nach § 158 HGB haben nur sämtliche Gesellschafter zusammen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, bis das Gesamthandsvermögen auf die Kapitalgesellschaft übertragen worden ist. Da die Gründer der Kapitalgesellschaft und die Gesellschafter der aufgelösten Personalgesellschaft identisch sind, so könnte man in der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages durch die Gesellschafter nicht nur den Abschluß dieses Gesellschaftsvertrages, sondern auch den des Vertrages zugunsten Dritter sehen. Sind Grundstücke Gegenstand des einzubringenden Betriebsvermögens der Personalgesellschaft, so bedürfte der Vertrag zugunsten Dritter der notariellen Form (Palandt, § 313 Anm.2). Die Form des notwendig notariellen Gesellschaftsvertrages würde auch den der notariellen Form bedürftigen Vertrag zwischen der Personal- und der Kapitalgesellschaft zugunsten der Gesellschafter decken.

(23) Rupp, StuW 1953/Sp.156; Leibrecht, StuW 1956/Sp.12; Angerer, StuW 1949/Sp.336; Rist, Diss., S.22

(24) Rupp, StuW 1951/Sp.156

(25) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 142 Anm.2

(26) Hueck, StuW 1953/Sp.315

der OHG. Denn es ist nur eine andere Ausdrucksweise, wenn man von einer Gesamthandsverpflichtung der Gesellschafter anstatt von einer Verpflichtung der OHG spricht. Ein sachlicher Unterschied zwischen der als Gesamthandsverpflichtung aufgefaßten Einlageverpflichtung und der im Vertrag zugunsten Dritter von der OHG der Kapitalgesellschaft gegenüber eingegangenen Verpflichtung besteht nicht. Schuld und Schuldner sind in beiden Fällen identisch. Während man die OHG als außenstehenden Dritten dem zur Sacheinlage verpflichteten einzelnen Gesellschafter gegenüberstellen wollte (27), hat man sie in Wahrheit der zur Sacheinlage verpflichteten Gemeinschaft der Gesellschafter gegenübergestellt. Diese Identität entzieht der Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter den Boden (28).

- c) Der Vertrag zugunsten Dritter wird überflüssig durch die Aufspaltung der Sacheinlage in einen Beteiligungs- und Illationsvertrag

Gleichwohl erfüllt der Vertrag zugunsten Dritter eine Funktion. Da er nur denkbar ist, wenn die Gesamtheit der Gesellschafter den Gesellschaftern als einzelnen gegenübergestellt wird, stützt er allein durch seine Existenz die Vorstellung, die Gesellschafter hätten sich als einzelne gegenüber der Kapitalgesellschaft zu einer Einlage verpflichtet. Eine solche Einlageverpflichtung ist nötig. Denn der Gesellschafter muß sich, um in seiner Eigenschaft als einzelner Mitglied der Kapitalgesellschaft zu werden, auch in seiner Eigenschaft als einzelner zu einer Einlage verpflichten. Obwohl es durchaus denkbar wäre,

(27) so besonders Rupp, Stuw 1954/152 ff.

(28) Hiervon sind diejenigen Verträge zugunsten der Gesellschafter zu unterscheiden, in denen die Personalgesellschaft als solche an der Gründung beteiligt ist und vereinbart wird, daß die Gesellschafter unmittelbar einen Anspruch auf Ausfolgung der Anteile gegen die Kapitalgesellschaft haben sollen. Das ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter (vgl. Becker, GmbHR 1931/Sp.833). Ein solcher Vertrag soll im Gegensatz zu dem oben dargestellten nicht das gemeinschaftliche Einbringen erklären, sondern die unmittelbare Aktien- oder GmbH-Anteilszuweisung, auf die die Gesellschafter - anders als im oben dargestellten Fall - keinen Anspruch gegen die Kapitalgesellschaft haben, weil sie nicht Gründungsgesellschafter sind. Die gleiche Fallgestaltung liegt bei einer Fusion vor, wenn die Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft unmittelbar zugewiesen werden sollen (vgl. E. Wolff in Festschrift für Pinner, S.657).

daß das Stammkapital oder das Grundkapital in anderer Weise als durch die Mitglieder oder durch jedes Mitglied anteilsmäßig aufgebracht wird, haben das GmbHG und das AktG den Mitgliedschaftserwerb im Gründungsstadium und die Übernahme einer Stammeinlage bzw. einer Aktie untrennbar miteinander verknüpft. Die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter beantwortet jedoch nicht die Frage, worin nun eigentliche die Einlageverpflichtung des als Einzelperson an der Umwandlung beteiligten Gesellschafters besteht. Sie vermeidet nur, daß diese Einlageverpflichtung in einem von jedem Gesellschafter für sich allein abgegebenen und von ihm auch allein zu erfüllenden Sacheinlageversprechen gesucht wird. Damit wird die Frage nur verdeckt. Sie bedarf der Beantwortung.

Soll das Unternehmen der OHG eingebracht werden, so kann dabei zwar ziffernmäßig genau bestimmt werden, welcher Wert auf jeden Gesellschafter als Einlage entfällt. Es kann jedoch nicht bestimmt werden, welche konkrete Sache jeder Gesellschafter einzulegen hat. Die gesamthänderische Zuständigkeit des einzubringenden Vermögens steht der Möglichkeit, für jeden Gesellschafter eine konkrete Sacheinlage zu bestimmen, entgegen. Seine Einlage ist gerade nicht ein irgendwie gearteter Anteil. Da die gesamthänderische Verpflichtung nicht bedeuten kann und soll, daß die Gemeinschaft als solche eine Stammeinlage bzw. eine Aktie übernimmt, so muß daneben noch eine Verpflichtung des Gesellschafters, die keine gesamthänderische ist - also eine Einzelverpflichtung - bestehen. Eine solche ist vorhanden. Sie ist in dem einer jeden Sacheinlage zugrunde liegenden Werteinlageversprechen zu sehen. Die Übernahme einer Stammeinlage oder einer Aktie darf nicht in einem vom Gesellschafter als einzelner abgegebenen Sacheinlageversprechen gesucht werden. Es muß genügen, daß der Gesellschafter in seiner Eigenschaft als einzelner ein bestimmtes Werteinlageversprechen abgegeben hat. Damit übernimmt er eine Stammeinlage oder eine Aktie. Damit erwirbt er die Mitgliedschaft.

Diese Vorstellung greift auf die Theorie von der Aufspaltung der Sacheinlage zurück (29). Sie ist dem Kapitalgesellschaftsrecht in anderem Zusammenhang geläufig und ist in ihren Ergebnissen, nicht aber in ihrem theoretischen Ansatz, auf den es hier ankommt, allgemein anerkannt.

Die Theorie von der Aufspaltung der Sacheinlage unterscheidet innerhalb der Sacheinlage zwischen einem Beteiligungs- und einem Illationsvertrag. Der sozialrechtliche, auf Beteiligung durch Versprechen einer bestimmten Werteinlage gerichtete und der individualrechtliche, auf Veräußerung des Einlage-

(29) vgl. Mann, S. 58 ff. (62)

gegenstandes gerichtete Vertrag werden als selbständige Teile des umfassenden Begriffes Sacheinlage aufgefaßt.

Der Sinn dieser Auffassung erschließt sich erst aus den Folgerungen, die man aus ihr zieht. Die Theorie von der Aufspaltung der Sacheinlage wurde konzipiert, um bei Gründung einer Kapitalgesellschaft die Kapitalaufbringung sichern zu können. Ihr Ziel ist es zu verhindern, daß nicht gedeckte oder nicht voll gedeckte Aktienrechte oder Geschäftsanteile in den Fällen entstehen, in denen eine Sacheinlage nicht gem. §§ 5 Abs.4 GmbHG, 20 AktG festgesetzt und daher nicht wirksam versprochen ist, in denen die Leistung der Sacheinlage anfänglich objektiv unmöglich ist, in denen die Gesellschaft zur Anfechtung des Sacheinlageabkommens berechtigt ist, in denen die Leistung des Einlagegegenstandes nachträglich zufällig unmöglich wird, in denen die Gesellschaft statt Schadenersatz zu verlangen gem. §§ 325, 326 BGB ihren Rücktritt erklärt oder in denen die Gesellschaft wegen Mangelhaftigkeit der Sacheinlage wandeln oder mindern kann. Soweit in diesen Fällen die Verpflichtung zur Leistung der Sacheinlage nach den allgemeinen Vorschriften wegfällt, soll an ihre Stelle die Verpflichtung zur Barzahlung auf die übernommenen Aktien oder Stammanteile treten. Es soll nicht - wie aus der "Einheit der Sacheinlage" folgen würde - der Beitritt selbst entweder als nicht entstanden betrachtet (z.B. im Falle objektiver Unmöglichkeit der Einlageleistung) oder rückgängig gemacht (z.B. im Falle der Wandlung) werden müssen (30). Das Stamm- oder Grundkapital soll vielmehr auch in diesen Fällen aufzubringen sein. Die Unmöglichkeit der Einlageleistung oder die Wandlung durch die Gesellschaft betreffen nur den Illationsvertrag. Auf ihn sind die allgemeinen

- (30) Darauf liefen die unter dem Schlagwort "Einheit der Sacheinlage" zusammengefaßten Meinungen - insbesondere der älteren Literatur - hinaus. Sie gingen von der These aus, daß die Gründungserklärung des Sacheinlegers ihrer rechtlichen Struktur nach der eines Bareinlegers völlig gleich sei. Der Bareinleger erkläre, eine bestimmte Anzahl Aktien der zu gründenden Gesellschaft übernehmen und Bargeld einlegen zu wollen. Der Sacheinleger erkläre ebenso, eine bestimmte Anzahl Aktien übernehmen und Sachen einlegen zu wollen. Demzufolge wurden auf die Gründungsvereinbarungen die allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff., 459 ff. BGB so weitgehend wie möglich angewandt. Hierzu muß auf die ältere, sehr differenzierte Literatur hingewiesen werden. Zahlreiche Nachweise bei Mann, S. 59 ff., insbesondere auch zur praktischen Durchführung im Wege der Kapitalherabsetzung durch Amortisation.

Kaufregeln anwendbar. Unberührt davon bleibt der Beteiligungsvertrag. Aus ihm folgt die Kapitaldeckung in bar. Es handelt sich um eine "subsidiäre Barzahlungspflicht". Die Erkenntnis, daß ohne irgendeine Barzahlungspflicht das mit der Eintragung zum Handelsregister erklärte Stamm- oder Grundkapital tatsächlich nicht aufgebracht worden ist, gleichgültig ob die Gesellschaft mit einer Unterbilanz beginnt oder ob das Kapital im Hinblick auf die ausgefallene oder minderwertige Sacheinlage herabgesetzt wird, hat zur allgemeinen Anerkennung dieser Barzahlungspflicht (31) geführt, ohne daß die sie begründende Theorie von der Aufspaltung der Sacheinlage allgemeine Anerkennung gefunden hat (32). Angesichts der Gleichheit der Ergebnisse hat die Unterscheidung zwischen Einheit und Aufspaltung der Sacheinlage vornehmlich noch dog-

(31) Für eine Barzahlungspflicht bei anfänglich objektiver und nachträglich zufälliger Unmöglichkeit im GmbH-Recht: Hachenburg-Schilling, § 5 Anm. 28; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 5 Anm. 5D; im Aktienrecht: Fischer in Großkomm., § 20 Anm. 16 u. 17; Baumbach-Hueck, AktG, § 20 Anm. 2E; Würdinger, AktR, S. 62; Mann, S. 58 ff.; dagegen v. Godin-Wilhelmi, § 20 Anm. 1 und teilweise (nämlich bei nachträglicher Unmöglichkeit) Scholz, § 5 Anm. 18

Für eine Barzahlungspflicht bei Wandlung und Minderung im GmbH-Recht: Hachenburg-Schilling, § 5 Anm. 28; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 5 Anm. 5D; Scholz, § 5 Anm. 17; Fischer, JZ 1954/428; Boesebeck, DR 1939/435; und im Aktienrecht: Fischer in Großkomm., § 20, Anm. 20; Baumbach-Hueck, § 20 Anm. 2E; Würdinger, AktR, S. 63; Mann, S. 66; dagegen das RG in ständiger Rspr. RGZ 86/210; JW 1934/3196; Teichmann-Koehler, Anm. 5d; v. Godin-Wilhelmi, § 20 Anm. 1

(32) Vielmehr wird der Illationsvertrag überwiegend als Teil der Satzung (Gadow in Großkomm., § 20 Anm. 3; Fischer in Großkomm., § 20 Anm. 3; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm. 27; Scholz, § 5 Anm. 14; Hueck, AktR § 2 Anm. 2 C) und insofern als körperschaftlicher Akt (Würdinger, AktR, S. 62 und 33; Hueck, a. a. O.) bezeichnet. Nach Bing in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 39, ist er zwar Teil der Satzung, aber kein gesellschaftsrechtlicher Akt, nach Ritter, § 20 Anm. 2 a, zwar körperschaftlicher Akt, aber kein Teil der Satzung. Im übrigen soll er gerade kein Kauf-, sondern ein obligatorischer Veräußerungsvertrag eigener Art sein (Gadow, a. a. O., Fischer, a. a. O., Hachenburg-Schilling, a. a. O.; Bing in Düringer-Hachenburg, a. a. O.; Ritter, a. a. O.), jedoch auch wieder wie ein Geschäft behandelt werden, das auf Veräußerung gegen Entgelt gerichtet ist (Gadow, a. a. O.).

matischen Erklärungswert. Die Aufspaltung der Sacheinlage vermag indes nicht nur die subsidiäre Barzahlungspflicht zu erklären.

Die Vorstellung, daß sich die Sacheinlage aus einem auf Beteiligung und einem auf Übertragung gerichteten Vertrag zusammensetzt, leistet auch der dogmatischen Erklärung des gemeinschaftlichen Einbringens gute Dienste. Im ersteren verspricht der einzelne gegen Gewährung von Mitgliedschaft einen bestimmten Betrag von Werten einzulegen. Im letzteren verpflichtet sich die Gesamthand, die Summe dieser Beträge von Werten in Gestalt einer bestimmten Sache, nämlich des Unternehmens, einzulegen. Die Kapitalgesellschaft verpflichtet sich, dies auf das Werteinlageversprechen anzunehmen. Beide Verträge machen erst das Sacheinlageversprechen der Gesellschafter aus. Wenn die Gesellschafter das Betriebsvermögen auf die Kapitalgesellschaft übertragen, so erfüllen sie damit die gemeinschaftlich eingegangene Verpflichtung aus dem Illationsvertrag. Der Illationsvertrag selbst ist Rechtsgrund der Übertragungshandlungen. Eine Verpflichtung der OHG durch einen Vertrag mit der Kapitalgesellschaft zugunsten ihrer Gesellschafter neben dem Illationsvertrag ist überflüssig.

Wenn man schon den Gegensatz zwischen dem gesamthänderischen Einbringen und den Einzelverpflichtungen der Gesellschafter in einem Vertrag zugunsten Dritter ausdrücken zu müssen glaubt, dann nur so, daß der Illationsvertrag selbst ein Vertrag zugunsten der Gesellschafter als einzelne ist, wobei sich die Kapitalgesellschaft verpflichtet, das Betriebsvermögen auf die einzelnen in den Beitrittserklärungen enthaltenen Werteinlageversprechen anzunehmen. Als Teil des umfassenden Begriffes Sacheinlage verbietet der Illationsvertrag als Rechtsgrund der Übertragungshandlungen die Vorstellung, daß ein Dritter die Sacheinlageverpflichtungen der Gesellschafter erfüllt. Will man den einzelnen Gesellschaftern die Gesamtheit der Gesellschafter als einen Dritten gegenüberstellen, dann erfüllt dieser Dritte die einzelnen Werteinlageversprechen. Mit der geläufigen Rechtsfigur einer Sacheinlageleistung durch Dritte hat das nichts mehr zu tun.

II. Umwandlung unter Fortbestand der umzuwandelnden Gesellschaft

Umwandlung bedeutet nicht immer Vollbeendigung der umzuwandelnden Gesellschaft. Diese kann vielmehr neben der aus der Umgründung hervorgegangenen Kapitalgesellschaft fortbestehen, ohne daß der Vorgang aufhört, eine Umwandlung zu sein. Sie tritt dann als Holdinggesellschaft oder Besitzpersonengesellschaft in Erscheinung (1). Diese Fälle sind in der Umwandlungspraxis sehr häufig. Sie werden im folgenden zunächst kurz in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung gegenüber der Vollumwandlung dargestellt. Im übrigen beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf Ausführungen, inwieweit die einzelnen Umwandlungskonstruktionen für diese Fälle geeignet sind.

1) Umwandlung und Holdinggesellschaft

a) Bedeutung der Holdinggesellschaft

Bei Umgründungen von Personal- in Kapitalgesellschaften sollen die umzuwandelnden Gesellschaften häufig als Portefeuille- (Holding-) Gesellschaften aufrechterhalten bleiben (2). Dieses Bedürfnis besteht besonders, wenn es sich um die Umwandlung einer Familiengesellschaft (3) und dabei um die Umwandlung in eine AG (4) handelt.

Bei Umwandlung einer Familien-OHG oder einer Familien-KG wollen die Gesellschafter die aus ihr hervorgehende Kapitalgesellschaft vor Überfremdung schützen und verhindern, daß die Familienmajorität verloren geht. Die Anteile müssen derart gebunden werden, daß Familienfremde weder durch rechtsgeschäftliche Veräußerung noch im Wege der Zwangsvollstreckung oder bei Erbfolge in den Anteil in die Gesellschaft eindringen können. Dieser Zweck kann bei Umwandlung in eine GmbH schon durch eine dementsprechende Ausgestaltung der Satzung erreicht werden. Nicht aber bei Umwandlung in eine AG. Hier wird ein vollständiger Schutz nur dadurch erzielt, daß die Aktien gesamthänderisch gebunden werden (5). Diese Gesamthandsgemeinschaften

(1) vgl. etwa Möhle, § 172 Bem. 9

(2) Friedlaender, 2. Aufl., S. 44; Rasch, S. 54

(3) so Rasch, S. 54

(4) Friedlaender, S. 44; Rasch, S. 54

(5) Insbesondere vermag ein solcher Schutz bei Aktiengesellschaften nicht in vollem Umfange durch vinkulierte Namensaktien erreicht zu werden. Nach § 61 Abs. 3 AktG kann nur die rechtsgeschäftliche Übertragung unter

sind dem Zweck nach Schutzgemeinschaften. Durch das Gesamthandseigentum an den Aktien sind sie Holdinggesellschaften. In diesen beiden Eigenschaften soll die umzuwandelnde Personalhandelsgesellschaft aufrechterhalten werden. Sie soll auch im Handelsregister eingetragen bleiben. Ist die Firma in die Kapitalgesellschaft eingebracht worden, so muß die Holdinggesellschaft eine neue Firma annehmen (6). Der Gesellschaftsvertrag der umzuwandelnden OHG oder KG wird zum Konsortialvertrag (7).

Außerhalb von Umgründungsfällen erscheinen Schutzgemeinschaften regelmäßig als Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Auch als solche können sie die gleichen Funktionen wie die bestehenbleibende Personalhandelsgesellschaft erfüllen. Die Aktionäre einer bereits bestehenden AG gründen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts und bringen ihre Aktien in diese ein. Doch braucht der Zweck einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts keineswegs so umfassend zu sein. Er ist es meist auch nicht. Er kann sich z.B. auf die Stimmrechtsbindung beschränken. Ein Gesamthandsvermögen ist dann nicht erforderlich. Die gebundenen Aktien bleiben Eigentum der einzelnen Konsortialmitglieder. Sie werden nicht auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen. Diese ist dann auch keine Holdinggesellschaft. Schutzgemeinschaften in dieser Form sind am häufigsten (8). Hier interessieren jedoch nur solche, die in der Rechts-

Lebenden von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden (vgl. Capelle, BB 1954/1077). Darunter fallen im wesentlichen Verkauf, Verpfändung und Erfüllung eines Vermächtnisses. Nicht dagegen werden von § 61 Abs.3 AktG die Fälle der Zwangsvollstreckung in die Aktie, der gewillkürten oder gesetzlichen Erbfolge sowie die Vereinbarung einer allgemeinen Gütergemeinschaft erfaßt. Andererseits ist für diese Fälle auch die Zulässigkeit einer satzungsmäßig vereinbarten Zwangseinziehung der betroffenen Aktien umstritten (vgl. dazu ausführlich Capelle, a.a.O.; Zartmann, BB 1954/69; auch Weipert-Schilling in Großkomm. AktG, § 192 Anm.12). Überdies kann nach Zeichnung und Übernahme der Aktien eine Zwangseinziehung auch nicht mehr durch Satzungsänderung vereinbart werden, § 192 Abs.1 Satz 2 AktG (vgl. auch Weipert-Schilling in Großkomm. AktG § 192 Anm.10). Zum Schutz vor Überfremdung der in eine Kapitalgesellschaft überführten Familiengesellschaft vgl. besonders die zusammenfassenden Darstellungen von Zartmann, BB 1954/69 ff., und Capelle, BB 1954/1076 ff.

(6) Friedlaender, 1.Aufl., S.84

(7) Friedlaender, 1.Aufl., S.75

(8) vgl. im einzelnen Lit. zu § 114 AktG

form einer Handelsgesellschaft fortbestehen und damit Gesamthandseigentum besitzen. Solche Gesellschaften sind über den Schutzzweck hinaus zugleich auch Vermögensverwaltungsgesellschaften der Familie.

b) Umwandlungskonstruktion und Fortbestand

Soll die umzuwandelnde Personalgesellschaft als Holdinggesellschaft fortbestehen, so muß sie notwendig die Anteile an der Kapitalgesellschaft zu Gesamthandseigentum erwerben. Dafür ist die Umgründung in der Form, daß allein die einzelnen Gesellschafter als Gründer fungieren und das gesamte Betriebsvermögen zur Erfüllung ihrer persönlichen Einlageverpflichtungen gemeinschaftlich von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft übertragen, zwar möglich, aber nicht gerade geeignet.

Auch die Veräußerung des gesamten Handelsgeschäftes einer OHG oder KG gegen Gewährung von Aktien oder GmbH-Anteilen an die einzelnen Gesellschafter ist möglich, ohne daß darin zugleich eine Auflösung der Gesellschaft gefunden werden muß (9, 10). Ein entgegenstehender Wille der Gesellschafter ist durchaus denkbar (11). So können die Gesellschafter einer umzuwandelnden Personalgesellschaft vereinbaren, die als Gegenwert erhaltenen Anteile weiterhin gemeinschaftlich zu besitzen (12), und sie können zu diesem Zwecke die alte Gesellschaft fortsetzen, statt eine neue zu gründen (13). Doch ist hier - auch wenn die Fortsetzung vereinbart ist - die Vermögensübertragung von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft zunächst mit einer vollständigen Auseinandersetzung über den dafür erzielten Gegenwert - die Aktien- oder GmbH-Anteile - verbunden, jedenfalls dann, wenn die Gesellschafter das ganze Vermögen zur Deckung ihrer einzelnen Einlageverpflichtungen in die Kapitalgesellschaft einbringen. Daß bei dieser Art der Einlage an

(9) vgl. KG Beschl. v. 15.3.1928, DNotVZ 1929/341; RGJW 1908/686 Nr.25, wonach zwar in der Veräußerung gegen Anteile unbedenklich eine Auflösung gesehen werden kann, nicht aber muß.

(10) Daß eine OHG ihr gesamtes Vermögen veräußern kann, ohne dadurch notwendig aufgelöst zu werden - etwa wenn sie mit dem Entgelt ein neues Unternehmen erwerben will - ist anerkannt, vgl. Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 131 Anm.3; Weipert in RGRK HGB, § 131 Anm.22; RGJW 1906/477, Nr.41 (478)

(11) KG, a.a.O.

(12) Geiler in Düringer-Hachenburg II 1, Allg.Einleitg., Anm.281

(13) Geiler, a.a.O. bezügl. einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

den Anteilen zunächst wieder Gesamthandseigentum entsteht, sofern nicht noch eine besondere Abrede über die Zuteilung zu Sondereigentum (14) vorliegt, wird man nicht sagen können (15). Denn den Anspruch auf Ausfolgung der Anteile haben die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als einzelne Gründer der Kapitalgesellschaft. Er steht nicht der Gesamthand der umzuwandelnden Personalgesellschaft zu. Dies muß insbesondere dann gelten, wenn man die OHG oder KG - wie es weitverbreitete Ansicht ist - als Dritten betrachtet, der die Sacheinlageverpflichtungen der Gesellschafter erfüllt. Daher können in einem solchen Falle die Anteile an der Kapitalgesellschaft weder zum für die Verteilung bestimmten Gesamthandsvermögen der aufgelösten Personalgesellschaft werden noch - was in diesem Zusammenhang entscheidend ist - zum nicht zur Verteilung bestimmten Gesamthandsvermögen der fortbestehenden. Die Gesellschaft kann daher nur insofern fortbestehen, als sie neues Vermögen erwirbt (16). Das sind hier die Anteile an der Kapitalgesellschaft, die sie von ihren Gesellschaftern übernimmt. Diese Übertragung löst Börsenumsatzsteuer aus. Im übrigen kann es im Einzelfall sehr zweifelhaft sein, ob nicht eine neue Gesellschaft entstanden ist.

Der Fortbestand der umzuwandelnden Personalgesellschaft als Holdinggesellschaft wird einfacher dadurch erreicht, daß sich die Personalgesellschaft selbst an der Gründung der Kapitalgesellschaft beteiligt (17).

2) Umwandlung und Betriebsaufspaltung

a) Bedeutung der Aufspaltung in eine Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft

Eine außerordentlich große Bedeutung hat die Umwandlung durch Betriebsaufspaltung gewonnen. Die Betriebsaufspaltung stellt an sich keine Umwandlungs-

(14) so Geiler, aaO.; wohl auch Becker, GmbHR 1931/Sp.834; besonders Scherrer, Diss., S.60.

Nach RG v. 25.9.1908, JW 08/686, Nr.25, ist es eine Frage der Vereinbarung der Gesellschafter, ob an den als Gegenwert bei Geschäftsveräußerung gewährten Aktien oder GmbH-Anteilen Gesamthandseigentum der Personengesellschaft oder Sondereigentum ihrer Gesellschafter begründet wird.

(15) so wohl Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11; Kinnebrock, Wpg 1949/556; besonders Tietze, Diss., S.60, und Würdinger, AktR, S.96

(16) KG Beschl. v. 11.7.1928, DNotZ 1929/342

(17) vgl. S.104 ff. dieser Arbeit

konstruktion dar. Sie ist ein Organisationsprinzip, wonach ein wirtschaftlich einheitliches Unternehmen in rechtlich selbständige Unternehmensteile, nämlich eine Personal- und eine Kapitalgesellschaft, zergliedert wird. Dieses Gesamtgebilde bezeichnet man als Doppelgesellschaft. Die weitaus häufigste Form der Doppelgesellschaft und damit die typische Gestaltung einer Betriebsaufspaltung ist die Aufteilung eines Unternehmens in eine Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft oder in eine Betriebspersonen- und Vertriebskapitalgesellschaft. Eine solche Doppelgesellschaft entsteht entweder dadurch, daß von vornherein zwei rechtlich selbständige Gesellschaften zum Zwecke eines wirtschaftlich einheitlichen Betriebes gegründet werden (sog. unechte Betriebsaufspaltung) oder aber auf die Weise, daß eine bereits bestehende Personalgesellschaft unter Fortführung eines einheitlichen wirtschaftlichen Betriebes in zwei rechtlich selbständige Gesellschaften aufgeteilt wird (sog. echte Betriebsaufspaltung). Im Zusammenhang mit der Umwandlung interessiert ausschließlich die echte Betriebsaufspaltung.

Bei der Aufspaltung einer Personalhandelsgesellschaft in eine Betriebspersonen- und eine Vertriebskapitalgesellschaft wird die bisherige Verkaufsabteilung auf eine neu gegründete Kapitalgesellschaft übertragen, während die Produktion bei der Personalhandelsgesellschaft verbleibt. Es werden also die Funktionen des Unternehmens in Beschaffung und Produktion auf der einen und Absatz auf der anderen Seite geteilt (1). Die Vertriebsgesellschaft, die die Produkte der Betriebsgesellschaft verkauft, erwirbt sie von ihr zu einem niedrigeren Preis als sie ihn beim Kauf von einem Dritten zahlen müßte. Obwohl diese Form der Betriebsaufspaltung viele Vorteile handels- und steuerrechtlicher Art mit der Trennung in Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft gemeinsam hat, scheidet sie hier aus der Betrachtung aus. Die Abspaltung einer Vertriebskapitalgesellschaft stellt wohl eine teilweise Umwandlung, aber nicht eigentlich die Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft dar. Davon kann erst die Rede sein, wenn das Unternehmen der Personalgesellschaft im wesentlichen auf die Kapitalgesellschaft übertragen wird. Hier jedoch verbleibt der Betrieb bei der Personalgesellschaft. Personal- und Kapitalgesellschaft sind funktionell gleichwertige Glieder der Doppelgesellschaft. Bei der Aufspaltung eines Personenunternehmens in eine Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft wird das gesamte Betriebsvermögen mit Ausschluß der Grundstücke (oder des gesamten Anlagevermögens) auf die neugegründete Kapitalgesellschaft übertragen. Das Personenunternehmen wird als Besitzunternehmen zur Grundstücksgesellschaft. In dieser Eigenschaft bleibt es regelmäßig in der

(1) Neitzel, Diss., S.28, spricht von einem Funktionsschnitt.

Form der ursprünglichen Handelsgesellschaft bestehen. Der Schnitt führt hier mitten durch den Produktionsfaktor Kapital. Er trennt Kapital auf der einen von Kapital plus Arbeit auf der anderen Seite (2). Die Besitzpersonengesellschaft verpachtet die Grundstücke an die Betriebskapitalgesellschaft. Diese zahlt an jene eine Pachtsumme. In dieser Weise partizipiert sie am Gewinn der Betriebsgesellschaft, der im übrigen bei dieser verbleibt. Den Gegenwert für die Übertragung des beweglichen Betriebsvermögens (bzw. nur des Umlaufvermögens und der Warenvorräte) stellen die Anteile an der neuerrichteten Betriebskapitalgesellschaft dar. Das Betriebsvermögen wird als Sacheinlage in diese eingebracht. Die Anteile fallen entweder in das Gesamthandsvermögen der Besitzpersonengesellschaft oder in das Privatvermögen ihrer Gesellschafter. Im Regelfall sollen die Anteile zum Gesamthandsvermögen der Besitzpersonengesellschaft gehören (3). In gleicher Weise wie bei den Holdinggesellschaften wird damit ein Schutz vor Überfremdung erzielt (4). Die Besitzpersonengesellschaft nimmt insoweit die Zwecke der reinen Holdinggesellschaft in sich auf. Die Betriebsaufspaltung ist eine insbesondere bei Familiengesellschaften praktizierte und für sie geeignete Form der Umwandlung (5). Ob man eine Betriebsaufspaltung in diesem Sinne als Umwandlung einer Personal- in eine Kapitalgesellschaft bezeichnet, ist letztlich eine Formulierungsfrage. Besondere Rechtsfolgen knüpfen sich an ihre Beantwortung nicht. Manche (6) sprechen in jedem Falle einer abgeleiteten Betriebsaufspaltung in Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft von Umwandlung. Dem wird entgegengehalten, die Betriebsaufspaltung vermeide gerade eine Umwandlung (7). Im Ergebnis jedenfalls ist die Aufspaltung in Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft eine teilweise Umwandlung (8).

Die Teilumwandlung in eine Besitzpersonen- und Betriebskapitalgesellschaft verfolgt gegenüber der Umwandlung handelsrechtlich und vorzugsweise steuerrechtlich besondere Zwecke.

Die Bedürfnisse rechtlicher Art. aus denen heraus eine Personalgesellschaft

(2) Neitzel, Diss., S.29, spricht von einem Konstitutionsschnitt.

(3) Brönner, Besteuerung, S.527

(4) Brönner, a.a.O.

(5) Brönner, a.a.O., S.526

(6) Kinnebrock, Wpg 1949/512 ff.; Dürkes, BB 1949/65 ff.

(7) Schneider-Martin, S.287 ff.

(8) Brönner, Besteuerung, S.547

in die Rechtsform der Kapitalgesellschaft drängt (9), können auch durch eine Betriebsaufspaltung befriedigt werden. Hinzu kommt aber, daß z.B. Grundstücke oder sonstiges wertvolles Anlagevermögen trotz seiner Betriebsnotwendigkeit aus dem beschränkten Risiko herausgegliedert werden kann (10).

Im Vordergrund stehen jedoch steuerliche Belange. Während für die steuerliche Beurteilung einer Vollumwandlung Vorteile in der laufenden Besteuerung der einen gegenüber der anderen Gesellschaftsform nicht prinzipiell bestehen, läuft die Betriebsaufspaltung nach ihrer Konzeption gerade darauf hinaus, sowohl gegenüber der Personen- als auch gegenüber der Kapitalgesellschaft die laufende Besteuerung zu vermindern (11). Auf das unterschiedliche System der Besteuerung von Personal- und Kapitalgesellschaft wurde bereits hingewiesen (12). Die Doppelgesellschaft eröffnet die Möglichkeit, die steuerlichen Vorteile von Personal- und Kapitalgesellschaft weitgehend gleichzeitig wahrzunehmen. Die Zweigleisigkeit ergibt sich aus der Aufteilung in einen einkommensteuerpflichtigen Rumpfbetrieb (Besitzpersonengesellschaft) und eine körperschaftsteuerpflichtige juristische Person (Betriebskapitalgesellschaft). Das Regulativ bildet der Pachtzins. Er stellt eine abzugsfähige Betriebsausgabe bei der Betriebskapitalgesellschaft dar. Er tritt in dieser Eigenschaft neben die abzugsfähigen Geschäftsführergehälter. Abgesehen davon, daß beide Ausgaben den körperschaftsteuerpflichtigen Gewinn mindern und den Gesellschaftern zufließen, indem sie bei ihnen nur der Einkommensteuer unterliegen, vermindern sie auch das Bedürfnis der Gesellschafter, daneben noch der Doppelbesteuerung unterliegende Ausschüttungen vorzunehmen. Die Gehälter bei der Kapitalgesellschaft und die Entnahmen bei der Besitzgesellschaft genügen ihnen. Der Gewinn kann daher stehen gelassen werden. Ist dieser zur Thesaurierung bestimmte Gewinn noch hoch, dann ergibt sich insofern eine weitere Steuerersparnis, als er statt der höchsten Einkommensteuerprogression von 53 % (bei der Personengesellschaft) nur dem Körperschaftsteuersatz von 49% bzw. 51 % unterliegt. Über die Wechselwirkung beider Tendenzen: Vermeidung der Doppelbesteuerung bei der Kapitalgesellschaft und Vermeidung der Einkommensbesteuerung im höchsten Tarif ohne Rücksicht auf die Gewinnverwendung bei Personengesell-

(9) vgl. S. 17 ff. dieser Arbeit

(10) Brönnert, Besteuerung, S. 526; Schneider-Martin, S. 289

(11) Zweifelnd Böttcher, DB 1962/1354; daß auch hier jede Aussage über die steuerliche Belastung von den Voraussetzungen des Einzelfalles abhängt, steht dem nicht entgegen.

(12) vgl. S. 17 ff. dieser Arbeit, Anm. 2

schaften vgl. Neitzel (13). In der Möglichkeit der aufgezeigten Gewinnverlagerungen liegt die eigentliche steuerliche Bedeutung der Doppelgesellschaft (14). Der Ausgestaltung des Pachtvertrages kommt daher entscheidende Bedeutung zu.

Dagegen ist für die laufende Besteuerung die handelsrechtlich bedeutsame Unterscheidung, ob sich die Anteile im Gesamthandsvermögen der Besitzpersonengesellschaft oder im Privatvermögen ihrer Gesellschafter befinden, ohne Einfluß. Nach ständiger Rechtsprechung des RFH (15), der der BFH (16) gefolgt ist, betreibt die Besitzpersonengesellschaft einen Gewerbebetrieb. Unabhängig von der bürgerlich-rechtlichen Eigentumslage gelten die Anteile an der Betriebskapitalgesellschaft nach der Rechtsprechung des BFH als Betriebsvermögen dieses Gewerbebetriebes der Besitzpersonengesellschaft. Befinden sich die Anteile im Gesamthandsvermögen der Besitzgesellschaft, so decken sich Steuertatbestand und juristische Gestaltung (17). Die Zugehörigkeit der Anteile zum Betriebsvermögen ist - solange man bei der Besitzgesellschaft einen Gewerbebetrieb annimmt (18) - zweifelsfrei (19). Doch auch wenn sich die Anteile im Privatvermögen der Gesellschafter befinden, sind sie nach der Rechtsprechung des BFH (20) Betriebsvermögen, sofern sich - was bei der

-
- (13) Diss. S.56 mit Belastungsvergleichen, denen allerdings schon überholte Tarife zugrunde liegen.
- (14) Brönnner, Besteuerung, S.530; außerdem besteht der Vorteil der Doppelgesellschaft, die geradezu dafür geschaffen scheint, jederzeit eine Anpassung an die Wandlungen der Steuergesetzgebung zu ermöglichen, vor allem darin, daß es bei ihr keine vollendeten Tatsachen gibt, daß vielmehr alle Möglichkeiten, und zwar sowohl der Weg zurück in die Personalgesellschaft als auch die vollständige Umwandlung in die Vollkapitalgesellschaft, offen bleibt (vgl. Schneider-Martin, S.289).
- (15) Urt. v. 1.7.1942, RStBl.1942/1081
- (16) Urt. v. 22.1.1954, BStBl.III, 1954/91; Urt. v. 9.12.1954, BStBl.III, 1955/88; Urt. v. 2.4.1957, BStBl.III, 1957/273; und für die unechte Betriebsaufspaltung Urt. v. 3.11.1959, BStBl.III, 1960/50 = DB 1960/13 (mit Anm. Grieger); Urt. v. 16.1.1962, BStBl.III, 1962/104 = BB 1962/364 (mit Anm. Grieger und Jurkat).
- (17) Neitzel, Diss., S.183
- (18) Auch das ist bestritten, vgl. S. 114 Anm.16 dieser Arbeit
- (19) Neitzel, a.a.O.; Stückmann, Diss., S.62,63
- (20) Urt. v. 8.11.1960, BStBl.III, 1960/513 = BB 61/83 (mit Anm. Grieger); Urt. v. 16.1.1962, BStBl.III, 1962/104; zustimmend Leibrecht, BB 1962/832

Betriebsaufspaltung die Regel ist - die Beteiligungen an der Besitz- und Betriebsgesellschaft weder im Hinblick auf die Inhaber noch auf die Höhe wesentlich unterscheiden. Der BFH begründet die Hinzurechnung damit, daß trotz der Aufspaltung des Unternehmens in eine Doppelgesellschaft ein einheitlicher wirtschaftlicher Organismus gegeben sei, der sich aus zwei rechtlich selbständigen Unternehmen und den Beteiligungen an der Betriebskapitalgesellschaft zusammensetze (21). Die steuerrechtliche Frage, ob die Anteile Betriebsvermögen oder Privatvermögen sind, ist also scharf von der bürgerlich-rechtlichen, ob sie Gesamthandseigentum oder Privatvermögen sind, zu trennen. Die Bedeutung der steuerrechtlichen Frage beruht insbesondere darauf, daß die gewerbesteuerliche Belastung der Doppelgesellschaft höher ist, wenn die Anteile Betriebsvermögen darstellen, als wenn sie dem Privatvermögen zuzurechnen sind (22). Doch hat die bürgerlich-rechtliche Gestaltung darauf keinen Einfluß (23).

Die Betriebsaufspaltung als eine teilweise Umwandlung vermag die bei einer vollständigen Umwandlung entstehenden hohen Umwandlungskosten zu vermindern. Hierzu muß auf die Ausführungen über die Kosten der Vollumwandlung hingewiesen werden (24). So vermeidet die Betriebsaufspaltung Grunderwerbssteuer vollständig, da Grundstücke gerade nicht auf die Betriebskapitalgesell-

(21) In der Tendenz schon RFH Urt. v. 26.10.1938, RStBl. 1939/282; weitere Nachweise bei Neitzel, Diss., S.184; und in der Lit. Littmann, Wpg 1950/71 ff. und Zitzlaff, StuW -1951/337, der insbesondere auf den Umfang der Aufspaltung abgestellt hat. (Auseinandersetzung mit beiden bei Stückmann, Diss., S.65 ff.).

(22) Es unterliegen bei der Besitzpersonengesellschaft nicht nur die Grundstücke, sondern auch die Anteile der Gewerbe- (kapital-) steuer, und es wird nicht nur der Pachtzins, sondern auch die Dividende auf die Anteile der Gewerbe- (ertrags-) steuer unterworfen. Da bei der Betriebsgesellschaft die den Anteilen zugrunde liegenden Vermögenswerte bereits der Gewerbekapitalsteuer und die Dividende bereits als Gewinn der Gewerbeertragssteuer unterworfen worden sind, liegt insoweit eine Doppelbesteuerung vor. Das ist nicht gerechtfertigt, dazu vgl. Brönner, Besteuerung, S.604 und 568; Stückmann, Diss., S.78 ff.; Furtwängler, Diss., S.94.

(23) Die Frage der Zurechnung der Anteile wird gegenwärtig lebhaft diskutiert. Die Diskussion bewegt sich jedoch auf anderer Ebene als der der juristischen Gestaltung, vgl. Mutze, DB 1962/109 ff.; Böttcher-Beinert, DB 1962/1351 f.

(24) vgl. S. 23 ff. dieser Arbeit

schaft übertragen werden. Sie vermeidet aber auch Gesellschaftssteuer, und zwar in dem Maße, in dem das Vermögen der umzuwandelnden Personengesellschaft nicht in Anteile an der Betriebskapitalgesellschaft umgesetzt wird (25). Sie vermeidet Notariatskosten insoweit, als bei Abschluß des Kapitalgesellschaftsvertrages ein niedrigeres Stamm- oder Grundkapital ausgewiesen wird, als es bei einer Vollumwandlung der Fall wäre usw.

b) Umwandlungskonstruktion und Fortbestand

Der konstruktive Vorgang der Teilumwandlung (Betriebsaufspaltung) wirkt gegenüber dem der Vollumwandlung nach der dargestellten Konstruktion weder handelsrechtliche noch steuerrechtliche Besonderheiten auf. Treten die Gesellschafter der teilumzuwandelnden Personalgesellschaft im eigenen Namen als Gründer der Betriebskapitalgesellschaft auf und bringen sie das bewegliche Vermögen gemeinschaftlich im Wege der Singularsukzession in diese ein, so erhalten sie auch hier die Anteile an der Betriebskapitalgesellschaft unmittelbar zu ihrem Sondereigentum zugewiesen. Der Fortbestand der umzuwandelnden Personalgesellschaft (als Besitzgesellschaft) folgt aus dem aufrechterhaltenen Gesamthandseigentum an den nicht mit eingebrachten Grundstücken (26). Ein Gesamthandseigentum an den Anteilen ist für den Fortbestand - anders als für den Fortbestand als Holdinggesellschaft - nicht erforderlich. Die als Besitzgesellschaft fortbestehende umzuwandelnde Personengesellschaft bleibt als Handelsgesellschaft im Handelsregister eingetragen (27). Wird ihre Firma in die Kapitalgesellschaft eingebracht, so muß sie umfirmieren, § 30 HGB (28).

Der BFH hat hinsichtlich dieser Teilumwandlung seine Bruchteilseinbringungstheorie in gleicher Weise aufgegeben wie für die Vollumwandlung (29).
Gründen die Gesellschafter persönlich die Betriebskapitalgesellschaft und soll

(25) Kinnebrock, Wpg 1949/557

(26) Im Prinzip das gleiche gilt, wenn eine OHG nur ihr Hauptgeschäft in eine von ihren Gesellschaftern gegründete GmbH einbringt, ihre Zweigniederlassung aber behält. In diesem Falle wird die OHG ebenfalls nicht aufgelöst, besteht vielmehr unter Beschränkung auf den Betrieb der Zweigniederlassung fort, RGZ 77/60. Indes ist diese Teilung ebensowenig eine Umwandlung wie die in Betriebspersonen- und Vertriebskapitalgesellschaft.

(27) vgl. auch S. 105 ff. dieser Arbeit

(28) vgl. auch S. 150 ff. dieser Arbeit

(29) Urt. v. 7.8.1959, DB 1959/1016

gleichwohl an den Anteilen Gesamthandseigentum entstehen, so müssen die den Gesellschaftern zu Sondereigentum zugefallenen Anteile ihrerseits in die Besitzpersonengesellschaft eingebracht werden (30). Dadurch fällt eine - wenn auch geringe (2,5 ‰) - Börsenumsatzsteuer an. Auch hier kann ein unmittelbares Gesamthandseigentum an den Anteilen dadurch erzielt werden, daß sich die umzuwandelnde Personalgesellschaft als solche an der Gründung beteiligt.

B. DIE PERSONALGESELLSCHAFT WIRD IN DIE KAPITALGESELLSCHAFT UMGEWANDELT, INDEM SICH DIE PERSONALGESELLSCHAFT ALS GRÜNDUNGSMITGLIED AN DER KAPITALGESELLSCHAFT BETEILIGT

I. Umwandlung unter Vollbeendigung der umzuwandelnden Gesellschaft nach ihrer Beteiligung

1) Grundzüge der Konstruktion

Es ist anerkannten Rechts, daß eine OHG oder KG Gründungsgesellschafterin einer Kapitalgesellschaft sein und eine Stammeinlage übernehmen oder Aktien zeichnen kann (1). Demzufolge ist es nach ganz überwiegender Ansicht zulässig, daß die umzuwandelnde Personalhandelsgesellschaft zusammen mit ihren Gesellschaftern die GmbH oder AG gründet und ihr gesamtes Vermögen zur Erfüllung einer von ihr eingegangenen Sacheinlageverpflichtung in diese einbringt. Die einzelnen Gesellschafter beteiligen sich nur mit ganz geringen Einlagen. Regelmäßig handelt es sich um Bareinlagen (2). Um Sacheinlagen nur, wenn die Gegenstände der Sacheinlage nicht oder nicht mehr Gesamthandseigentum der zwischen ihnen bestehenden Personalgesellschaft sind (3). Die umzuwandelnde Personalgesellschaft erhält als Entgelt für die Vermögensübertragung einen GmbH-Anteil oder Aktien. Diese machen nunmehr das Gesellschafts-

(30) Stückmann, Diss., S.62

(1) Fischer in Großkomm. AktG, § 2 Anm.9; Baumbach-Hueck, AktG, § 2 Anm.2 A; v. Godin, § 2 Anm.3; Hachenburg-Schilling, § 2 Anm.26; Scholz, § 2 Anm.6; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 2 Anm.2 C; Handbuch der GmbH, S.28

(2) Koehler, S.114

(3) vgl. hierzu besonders Würdinger, AktR, S.96

vermögen aus. Es wird auf die Gesellschafter entsprechend deren Kapitalanteilen an der Gesellschaft verteilt. Es findet eine Auseinandersetzung statt. Die Aktien werden formlos übertragen. Der GmbH-Anteil wird mit Genehmigung der Kapitalgesellschaft - sofern der Gesellschaftsvertrag dies nicht entbehrlich macht - in Teilen an die Gesellschafter unter Beobachtung der notariellen Form abgetreten. Hierdurch erwerben die Gesellschafter die ihren Beteiligungen an der Personalgesellschaft entsprechenden Beteiligungen an der Kapitalgesellschaft. Die Stammeinlagen oder Aktien, die sie für ihre Person bei der Gründung übernommen haben, fallen demgegenüber nicht ins Gewicht.

2) Zur Gründungsbeteiligung der Personalgesellschaft

Die dargestellte Umwandlungskonstruktion wird in gleicher Weise für die Umwandlung in eine AG (1) wie in eine GmbH (2) für zulässig gehalten. Indes können sich bei der Umwandlung in eine AG Schwierigkeiten ergeben. Zur Gründung einer AG sind fünf Gründer erforderlich. Nach h.L. (3) sind die persönlich haftenden Gesellschafter einer an der Gründung der AG beteiligten OHG oder KG neben dieser insoweit als Gründer ungeeignet, als nur durch sie die Fünffzahl erreicht werden würde. Zur Begründung wird auf den von den Motiven verfolgten Zweck der Mindestzahl - es solle "eine größere Personenzahl Raum für eine bessere Beurteilung des Charakters und der Solidität des Unternehmens" geben - verwiesen. Die Haftung der OHG oder KG als Gründungsgesellschafterin der Kapitalgesellschaft erfasse ohne weiteres auch das Privatvermögen der Gesellschafter einer OHG, § 128 HGB, bzw. der Komplementäre einer KG, §§ 161 Abs. 2, 128 HGB. Wenn daher neben einer OHG nur deren Gesellschafter, neben einer KG nur deren Komplementäre als weitere Gründer der Kapitalgesellschaft aufträten, so würde in Wahrheit neben der Haftung der OHG oder KG für die Solidität der Gründung keine weitere Haftung vorhanden sein.

-
- (1) Baumbach-Duden, Einf. Buch II, Anm. 4 B; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm. 11; Hueck, StuW 1953/Sp. 319 i. V. m. Sp. 316, 17; Weipert in RGRKomm. HGB, § 145 Anm. 15; Schlegelberger-Geßler, § 145 Anm. 17; Heine, Diss., S. 20 und 26; Rist, Diss., S. 21 und S. 7; Heubach, Diss., S. 61
 - (2) vgl. die in Anm. 1 Genannten; weiter Becker, GmbHR 1931/Sp. 833; Remmlinger, GmbHR 1950/123; Koehler, S. 114; GmbH-Handbuch, S. 274
 - (3) Schmidt in Großkomm. AktG, § 2 Anm. 9; Baumbach-Hueck, AktG, § 2 Anm. 2 A; v. Godin-Wilhelmi, § 2 Anm. 3; Würdinger, AktR, S. 96; Schlegelberger-Quassowski, § 2 Anm. 4

Dagegen könnten Kommanditisten die Fünffzahl auffüllen. Ihre dabei unbeschränkte Haftung trete als eine weitere neben die der KG, da sie für deren Schulden nur beschränkt hafteten. Wenn neben der OHG oder KG noch vier weitere Gründer, Dritte oder Kommanditisten, vorhanden seien, könnten sich auch die persönlich haftenden Gesellschafter an der Gründung beteiligen. Denn dann seien sie für die Fünffzahl nicht mehr erforderlich (4).

Diese Ansicht verdient nur insoweit Zustimmung, als nicht vier Gesellschafter einer OHG persönlich und zugleich als Gesamtheit unter der Firma der OHG-Gründer einer AG sein können (5). Besteht die OHG aber aus fünf Gesellschaftern, so muß es zulässig sein, daß sich neben der OHG noch mindestens vier Gesellschafter beteiligen und auf diese Weise die Fünffzahl erreicht wird (6). Das legen die Umgründungsfälle nahe. Soll eine Familien-OHG, die aus fünf oder mehr Mitgliedern besteht, Dritte bei der Umwandlung in eine AG beteiligen müssen? Es käme sowieso nur eine - allerdings strafrechtlich und bürger-

-
- (4) Dagegen steht die Frage nach fünf strafrechtlich verantwortlichen Gründern im Hintergrund, Schmidt in Großkomm.AktG, § 2 Anm.9. Sie berührt mehr die Frage des Vertretungsrechts bei der Gründung als die der Gründerzahl. Besteht eine OHG aus vier Gesellschaftern und beteiligen sich alle vier im eigenen Namen und zugleich unter der Firma der OHG an der Gründung, so sind in der Tat nur vier strafrechtlich verantwortliche Gründer vorhanden. Denn der die OHG vertretende Gesellschafter repräsentiert für sich und die OHG in strafrechtlicher Hinsicht nur einen Gründer, Heine, Diss., S.34, Heubach, Diss., S.62. Aber schon wenn fünf Gesellschafter der OHG vorhanden sind, kann sich der die OHG vertretende Gesellschafter neben den vier anderen auch persönlich an der Gründung beteiligen, ohne daß es an der strafrechtlich verantwortlichen Fünffzahl fehlt. Er kann aber nicht zugleich die anderen Gesellschafter in ihrer Rolle als Gesellschafter vertreten; denn dann fehlt es wieder an der strafrechtlich verantwortlichen Fünffzahl. Die gleichen Fragen tauchen auf, wenn es sich um die Vertretung einer beteiligten juristischen Person und zugleich um die Beteiligung des Vertreters im eigenen Namen handelt, desgleichen, wenn zugleich eine Vertretung sonstiger Dritter durch ihn vorliegt. Zum Ganzen Heine, Diss., S.25 ff., Heubach, Diss., S.62.
- (5) vgl. Ritter, § 5 Anm.3b, der darüber hinaus nur Beteiligung von Gesellschaft und Gesellschaftern an der Gründung keine Stellung nimmt.
- (6) So wohl auch - wobei die von der h.L. gemachte Einschränkung fehlt - Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11; Rupp, StW 1951/Sp. 57; ebenso Stückmann, Diss., S.63; Heubach, Diss., S.62; Heine, Diss., S.29 ff.

lich-rechtlich vollwertige - Strohmanngründung in Betracht. Die Familiengesellschaft kann das vermeiden. Es beteiligen sich nur ihre Mitglieder persönlich, nicht auch die Gesellschaft selbst, an der Gründung der AG. Das Vermögen der OHG wird dann in der unter A. I. dargestellten Weise in die AG eingebracht. Das ist unzweifelhaft zulässig. Ein Mehr an Haftung gegenüber dem Falle, daß sich auch die OHG selbst an der Gründung beteiligt, bedeutet das aber nicht. Auch können die Gesellschafter die umzuwandelnde OHG dann neben sich als Gründerin auftreten lassen, wenn einige von ihnen zuvor - etwa in Höhe ihrer Kapitalanteile - Kommanditisten werden. Im übrigen wird man die Solidität der Gründung jeder Kapitalgesellschaft, an der eine OHG beteiligt ist, überhaupt nur erkennen können, wenn man sich im Handelsregister über die Gesellschafter der OHG informiert. Sind hier fünf Gesellschafter vorhanden, dann dürfte - auch wenn die OHG nur zusammen mit ihren Gesellschaftern die AG gründet - dem Erfordernis des § 2 AktG Genüge getan sein. Andernfalls wird die Beteiligung einer umzuwandelnden OHG an der Gründung der aus ihr hervorgehenden AG als wenig praktikabel ausscheiden müssen.

Für die GmbH ist dagegen eine Gründerzahl nicht vorgeschrieben. Daher genügt es, wenn neben der umzuwandelnden Personalgesellschaft nur ein Gründer auftritt. Das kann auch einer der persönlich haftenden Gesellschafter der umzuwandelnden Gesellschaft sein (7). Daß er schon als Mitglied der Personalgesellschaft für deren Schulden unbeschränkt haftet, hat hier keinen Einfluß.

3) Zur Gründungsbeteiligung der Personalgesellschaft

a) Ansichten in der Literatur

Hinsichtlich der Beteiligung der umzuwandelnden Personalgesellschaft an der Gründung der aus ihr hervorgehenden Kapitalgesellschaft bestehen recht differenzierte Ansichten.

Am häufigsten ist die Auffassung zu finden, daß sich die umzuwandelnde Personalgesellschaft als aufgelöste Handelsgesellschaft an der Gründung beteiligt (1).

- (7) Hachenburg-Schilling, § 2 Anm.22; Becker, GmbHR 1931/Sp.833; es liegt nicht etwa eine Übernahme mehrerer Stammeinlagen durch den Gesellschafter vor, LG Straßburg v. 30.7.1901, ZBIFG 2/343.
- (1) Weipert in RGRKomm.HGB, § 145 Anm.15; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.11; Remmlinger, GmbHR 1950/123; Becker, GmbHR 1931/Sp.832,33; OLG Kiel v. 22.10.1928, DNotVZ 1930/137; Heine, Diss., S.20 und 26; Rist, Diss., S.21 und S.7; Heubach, Diss., S.61

In dem Umwandlungsbeschluß, in dem die Personalgesellschaft die Einbringung ihres Vermögens mit Aktiven und Passiven in die Kapitalgesellschaft beschließe, habe sie zugleich einen Auflösungsbeschluß nach § 131 HGB gefaßt (2). Die einbringende Gesellschaft fungiere daher im Zustande der Quasiliquidation als Gründerin (3). Sie bleibe aber bis zur Beendigung der Auseinandersetzung Handelsgesellschaft. Daher könne sie Gründungsgesellschafterin der Kapitalgesellschaft sein (4). Es trete lediglich an die Stelle des eingebrachten Betriebes und der hierzu gehörigen Vermögensstücke der umgetauschte Aktienbesitz bzw. die Geschäftsanteile als Gesellschaftsvermögen. Die Errichtung der Kapitalgesellschaft habe den Zweck, die von den Gesellschaftern der OHG oder KG vereinbarte Auseinandersetzung, nämlich die Einbringung des Vermögens im Ganzen, zu ermöglichen und bilde insofern einen Akt des Auseinandersetzungsverfahrens, so daß eine Beteiligung an der Kapitalgesellschaft nicht dem Zweck der in Quasiliquidation befindlichen Personalgesellschaft zuwiderlaufe (5).

Nach einer weiteren Auffassung beteiligt sich die umzuwandelnde Gesellschaft an der Gründung der Kapitalgesellschaft, ohne aufgelöst zu sein (6).

Nach Koehler (dessen Ausführungen im Zusammenhang mit der Umwandlung in eine GmbH gemacht sind) existiert sie auch nach der Übertragung ihres Vermögens auf die Kapitalgesellschaft als OHG weiter. Die Gesellschafter könnten nach vollzogener Einlageleistung entweder die OHG als solche fortbestehen lassen, so daß sie als Holdinggesellschaft die GmbH-Anteile verwalte und etwaige Gewinnausschüttungen der GmbH vereinnahme. Oder sie könnten nunmehr beschließen, die OHG aufzulösen und die Stammeinlagen auf die einzelnen Personengeschafter aufzuteilen. Zu diesem Zweck erfolge nachträglich ein entsprechender Beschluß durch die Gesellschafterversammlung der GmbH über die Aufteilung der der OHG gehörigen Stammeinlage in notarieller Form.

Nach Hueck (dessen Ausführungen ebenfalls auf den Fall der Umwandlung in eine GmbH bezogen sind) wird die an der Gründung beteiligte Personalgesell-

(2) Das entspricht der Rechtslage in jenem Falle (vgl. S. 54 ff. dieser Arbeit), in dem die Einbringung in die Kapitalgesellschaft beschlossen worden ist, aber nicht die Personalgesellschaft, sondern allein ihre Gesellschafter an der Gründung beteiligt sind.

(3) Heubach, Diss., S. 61; OLG Kiel, a. a. O.

(4) Weipert, RGRKomm. HGB, § 131, Anm. 3; OLG Kiel, a. a. O.

(5) Heubach, Diss., S. 61

(6) Koehler, S. 114; Hueck, StuW 1953/Sp. 315

schaft, die ihr ganzes Vermögen in die Kapitalgesellschaft einbringt, zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts, da sie dann kein Handelsgewerbe mehr betreibt. Ihr Vermögen bestehe nur noch aus Geschäftsanteilen. Nunmehr beschließe sie ihre Auflösung. Die Gesellschafter erhielten Geschäftsanteile durch Auseinandersetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Nach wieder anderer Ansicht soll sich eine Personalhandelsgesellschaft zum Zwecke ihrer Umwandlung überhaupt nicht an der Kapitalgesellschaft beteiligen können. Im Übergang in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird das entscheidende Hindernis gesehen (7). Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts könne nicht Gründungsmitglied einer Kapitalgesellschaft sein. Durch die Übertragung ihres ganzen Vermögens auf die AG oder GmbH gegen Anteile werde die Personalgesellschaft aber stets zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Registerrichter müsse die Eintragung der umzuwandelnden Gesellschaft als Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft ablehnen. Der Weg der Umwandlung über eine Beteiligung der umzuwandelnden Gesellschaft an der Kapitalgesellschaft sei daher "praktisch nicht gangbar" (8). Er sei das "Irrlicht" einer (ehemals) umsatzsparenden (9) Umwandlung (10).

(7) Rupp, StuW 1954/Sp.155; Leibrecht, StuW 1956/Sp.18; Angerer, StuW 1950/Sp.742

(8) Leibrecht, a.a.O.

(9) Die Finanzrechtsprechung hatte wiederholt darauf hingewiesen, RFH v. 11.10.1940, StuW 1940, Nr.507; OFH v. 12.5.1950, StuW 1950, Nr.85; ausdrücklich BFH v. 27.11.1952, StuW 1953, Nr.34, daß der Umwandlungsvorgang dann keine Umsatzsteuerpflicht auslöst, wenn nicht die Gesellschafter als einzelne die Kapitalgesellschaft gründen und das Vermögen der Personalgesellschaft zur Erfüllung ihrer Einlageverpflichtungen einlegen (die Umsatzsteuerpflicht dieses Vorganges ist seit BFH Urt. v. 20.2.1958, StuW 1958, Nr.196, aufgegeben), sondern wenn sich die umzuwandelnde Gesellschaft selbst an der Gründung beteiligt und ihr Gesellschaftsvermögen als Sacheinlage auf die Kapitalgesellschaft überträgt. Indes hatte die Finanzrechtsprechung niemals über einen solchen Fall zu entscheiden. Sie hat die Gründungsbeteiligung der umzuwandelnden Personalgesellschaft an der aus ihr hervorgehenden Kapitalgesellschaft bejaht, ohne die Schwierigkeiten der handelsrechtlichen Konstruktion zu sehen (Remmlinger, GmbHR 1950/123). Als umsatzsteuersparende Umwandlungskonstruktion wurde die Gründungsbeteiligung jedoch allgemein anerkannt und praktiziert (vgl. Kinnebrock, Wpg 1949/556; Hueck-Boettcher, StuW 1953/Sp.323 ff.).

(10) Angerer, a.a.O.

b) Stellungnahme

Ob sich die umzuwandelnde Personalgesellschaft als aufgelöste oder nicht aufgelöste Gesellschaft an der Gründung beteiligt, desgleichen ob sie zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird oder nicht, läßt sich nicht für alle Umwandlungsfälle in gleicher Weise beurteilen. Es müssen vielmehr verschiedene Sachverhalte auseinandergehalten werden.

Entscheidend ist, was im Umwandlungsbeschluß vereinbart wurde. Für die Fälle, in denen vereinbart ist, daß die umzuwandelnde Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen in die Kapitalgesellschaft einbringen und die als Gegenleistung erworbenen Anteile unter die Gesellschafter verteilen soll, enthält der Umwandlungsbeschluß zugleich einen Auflösungsbeschluß, und es kann nur jene Ansicht richtig sein, wonach sich die umzuwandelnde Personalgesellschaft als aufgelöste Handelsgesellschaft an der Gründung beteiligt. Das gilt unabhängig davon, ob in einer AG oder in eine GmbH umgewandelt wird. Es hat auch keinen Einfluß auf die Rechtsnatur der umzuwandelnden Personalgesellschaft, ob das Handelsgeschäft schon vor der Eintragung der Kapitalgesellschaft deren Geschäftsführern zur freien Verfügung übergeben wird (so notwendig bei Umwandlung in eine GmbH, § 7 Abs.2 GmbHG) oder erst nach Eintragung auf sie übertragen wird (so regelmäßig bei Umwandlung in eine AG). Weder wird dadurch der Zeitpunkt für die Wirksamkeit der Auflösungsvereinbarung bestimmt noch hat die Vermögensübertragung hier die Veränderung in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Folge. Die umzuwandelnde Gesellschaft ist allein aufgelöste Handelsgesellschaft. Es wird auf ihre Vollbeendigung durch Verteilung der Anteile abgezielt. Sie wird auch nicht vorübergehend zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Das mit der Auflösung eingeleitete Liquidationsstadium - hier Quasiliquidationsstadium - ist die vom Gesetz zugelassene Ausnahme, wonach eine OHG auch ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes (noch) vorliegt (11). Die umzuwandelnde Personalgesellschaft bleibt bis zur Vollbeendigung Handelsgesellschaft. Als solche kann sie sich unzweifelhaft an der Gründung der Kapitalgesellschaft beteiligen. Für das Außenverhältnis gelten die Regeln über die OHG, § 158 HGB. Die Vollbeendigung tritt frühestens mit Eintragung der Kapitalgesellschaft ein. Denn vorher ist eine Verteilung (Abtretung) der Anteile, soweit es sich um solche an der noch nicht eingetragenen AG handelt, nichtig, § 34 Abs.4 AktG, soweit es sich um Anteile

(11) ganz h.L.; RGZ (v. 11.5.1937) 155/75 ff.;
KG, JW 1936/2129 (30).

an der noch nicht eingetragenen GmbH handelt, nur bedingt durch die Eintragung wirksam (12).

Für die Eintragung der aufgelösten Handelsgesellschaft als Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft kann sehr wohl ein Bedürfnis bestehen (13). So, wenn die Vollbeendigung nicht sofort erfolgen, die Verteilung der Anteile, ohne daß ihr gemeinsamer Besitz vereinbart ist - vielmehr aufgeschoben werden soll. Die Kapitalgesellschaft hat z.B. nicht alle Passiven übernommen. Auch sind Vermögensgegenstände - ohne daß etwa eine Vereinbarung vorliegt, sie weiterhin gemeinsam zu besitzen - nicht mit eingebracht worden, etwa veraltetes Anlagevermögen. Aus dem Erlös der Versilberung sowie aus den ersten Ausschüttungen der GmbH an die aufgelöste Personalgesellschaft sollen Schulden gedeckt werden. Oder die Gläubiger sollen durch Hingabe von Anteilen be-

(12) Während im Aktienrecht auch eine Abtretung des Anteilsrechtes unter der Bedingung der Eintragung am klaren Wortlaut des Gesetzes scheitert (Fischer in Großkomm. AktG, § 34 Anm.9; Baumbach-Hueck, AktG, § 34 Anm.5; a.A. v. Godin-Wilhelmi, § 34 Anm.11; Ritter, § 34 Anm.7 a), ist im GmbHR die Abtretung des künftigen Anteils zulässig (Hachenburg-Schilling, § 15 Anm.23 und 41; Scholz, § 15 Anm.3; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15 Anm.1 B; RGZ 74/357; RGZ 87/246 (48)). Im ersteren Falle bedarf es einer erneuten Abtretung. Bis dahin hat die umzuwandelnde Gesellschaft den Anspruch auf Ausfolgung der Aktienurkunden. Im letzteren Falle erwerben die Gesellschafter mit der Eintragung der GmbH die Anteile von der nunmehr vollbeendigten Personalgesellschaft, ohne daß es weiterer Handlungen bedarf. In keinem Falle aber hat die Abtretung vor der Eintragung Wirksamkeit. Zwar kann eine Abtretung vor der Eintragung auch - sofern sie nicht als Abtretung des künftigen Anteils aufzufassen ist - als Gesellschaftsvertragsänderung begriffen werden (vgl. BGH, NJW 1959/934: "Wille erkennbar auf Übertragung der gegenwärtigen Rechtsposition in der Vorgesellschaft gerichtet"). Denn vor Eintragung kann ein Wechsel im Mitgliederbestand eben nicht durch Übertragung der Mitgliedschaft, sondern nur durch Veränderung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen werden (für GmbH: Hachenburg-Schilling, § 15 Anm.23 m. Lit.; für AG: Fischer in Großkomm. AktG, § 34 Anm.29). Eine dahin zielende Auslegung - die übrigens die notarielle Mitwirkung aller Gesellschafter voraussetzt - wird man bei einer vor Eintragung der Kapitalgesellschaft erfolgten Verteilung anläßlich einer Umwandlung nicht vornehmen können und dürfen.

(13) Rist, Diss., S.50

friedigt werden. Die Quasiliquidation kann Jahre dauern. Dennoch ist die Gesellschaft aufgelöst. Es entscheidet darüber allein der anlässlich der Umwandlung vereinbarte Zweck (14).

Ist dagegen eine Verteilung der Anteile nicht vereinbart, soll die Gesellschaft vielmehr als Anteilshalterin oder aber auch als Besitzgesellschaft fortbestehen, dann kann sie zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden. Ob deshalb auch ihre Gründungsbeteiligung unzulässig wird, ist unter II unten dargestellt.

c) Behandlung in der Praxis

Zwar erwähnt Remmlinger (15), daß einige süddeutsche Registergerichte die Eintragung der umzuwandelnden Personalgesellschaft als Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft mit der Begründung abgelehnt haben, eine Personalgesellschaft trage durch die Veräußerung ihres Vermögens den Keim der Auflösung in sich und könne sich deshalb nicht mehr an der Gründung beteiligen (16). Doch werden solche Eintragungen regelmäßig vorgenommen (17).

(14) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm. 6

(15) GmbHR 1950/123

(16) Es sei erwähnt, daß diese gleiche Ansicht in der Schweiz vertreten worden war, aber aufgegeben wurde. In den 20er Jahren hat das Eidgenössische Amt für das Handelsregister in Anwendung von Art. 619 OR und Art. IV Ziff. 7 des Bundesratsbeschlusses vom 8.7.1919 für den Fall der Umwandlung angeordnet, daß als Träger von Apportaktien nicht die Kollektivgesellschaft (= OHG), sondern nur die einzelnen Gesellschafter einzutragen sind. Auf diese Weise sollte verhindert werden, daß die in absehbarer Zeit untergehende Kollektivgesellschaft als Aktionärin im Handelsregister figurierte. Zum ganzen und dagegen vgl. Schönberg, Schweiz. JZ, 19. Jg., Heft 17, S. 257 ff. (262/63).

(17) So ließ beispielsweise das Registergericht Freiburg die Umwandlung der C. Werner-Blust KG in die nunmehr zur Kaufhofgruppe gehörige C. Werner-Blust GmbH unter Beteiligung der KG zu. Der Gesellschaftsvertrag wurde zwischen der C. Werner-Blust KG und der zur Kaufhofgruppe gehörigen Anker Kaufstätte GmbH Mannheim, die sich mit erheblichen Bareinlagen beteiligte, abgeschlossen. Die C. Werner-Blust KG übertrug der neugegründeten GmbH ihr gesamtes Geschäftsvermögen mit Aktiven, Passiven und der Firma. Im Gesellschaftsvertrag der GmbH war das vereinbarte Zustimmungserfordernis der GmbH zur Veräußerung von Geschäftsanteilen ausdrücklich für den Fall ausgenommen worden, daß die KG ihren Geschäftsanteil auf ihre Gesellschafter verteilen würde. Damit war klar, daß die C. Werner-Blust KG

Im übrigen wird in der Praxis die an der Gründung beteiligte umzuwandeln de Personalgesellschaft weitgehend wie eine nicht aufgelöste Handelsgesellschaft behandelt, und zwar unabhängig davon, ob Verteilung der Anteile vereinbart ist oder nicht. Ob Verteilung vereinbart ist, ist freilich häufig nicht erkennbar. Die Behandlung als nicht aufgelöste Gesellschaft ergibt sich daraus, daß die umzuwandelnden Personalgesellschaften in den meisten Fällen nur von den Geschäftsführern, die ausdrücklich kraft ihrer gesellschaftsvertraglichen Vertretungsmacht handeln, bei der Umwandlung (Gründung der Kapitalgesellschaft) vertreten werden. Es werden nicht die Vertretungsregeln einer aufgelösten Personalhandelsgesellschaft angewandt. Denn danach besteht Gesamtgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Zwar umfaßt die Vertretungsmacht der Geschäftsführer die Befugnis, die Gesellschaft an einer anderen zu beteiligen sowie die Macht, das gesamte Geschäft zu veräußern (18). Da die Einbringung eine Form der Veräußerung und Beteiligung ist, besteht daher auch Vertretungsmacht, das Geschäft in eine GmbH oder AG einzubringen (19). Nur darf die Gesellschaft dadurch weder aufgelöst werden - das kann nur durch einen Gesellschafterbeschuß geschehen (20) - noch dabei bereits aufgelöst sein (21).

nicht weiterbestehen sollte. Sie wurde auch sechs Tage nach Eintragung der GmbH gelöscht. Das Registergericht hat eine solche Gründung mit Recht zugelassen. Vgl. auch Formular GmbH-Handbuch S.985, Muster 27.

- (18) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 126 Anm.3; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm.9; Baumbach-Duden, § 126 Anm.1; Hueck, RdOHG, S. 213; Schlosser, Diss., S.75; Weipert, RGRKomm. HGB, § 126 Anm.3
- (19) Flechtheim, a.a.O.; Schlegelberger-Geßler, a.a.O.; Baumbach-Duden, a.a.O.; Hueck, a.a.O.; Weipert, § 126 Anm.4; Schlosser, Diss., S.76; vgl. auch KG v. 23.6.1922, OLGE 42/195 (96): Ein Komplementär kann ohne Zustimmung des Kommanditisten das Handelsgeschäft in eine AG einbringen, wenn auch dadurch die Gesellschaft wirtschaftlich (weil nur noch Anteilsgesellschaft) beendet wird.
- (20) So kann der Geschäftsführer wohl von sich aus "beschließen", das Geschäft in eine AG oder GmbH einzubringen, nicht aber, die Anteile alsdann auf die Gesellschafter zu verteilen. Nicht nur, weil er die Gesellschaft nicht auflösen kann, sondern auch, weil er die Gesellschafter nicht unmittelbar zu Gesellschaftern einer anderen Gesellschaft machen darf; vgl. auch Weipert in RGRKomm.HGB, § 126 Anm.5; RG v. 20.12.1939, RGZ 162/370 = RGDR 1940/806 (mit Anm. Dietrich).
- (21) Das betont insbesondere Schlosser, Diss., S.76; wohl auch Weipert, § 126 Anm.4 und 5, indem er darauf hinweist, daß ein vertretungsberechtigter

Eine Vereinbarung, wonach das Unternehmen nicht nur zu veräußern, sondern die Anteile, die als Gegenwert erworben werden, auch zu verteilen sind, enthält aber eine Auflösungs- und Auseinandersetzungsvereinbarung. Damit erlischt jedoch die Vertretungsmacht der firmierenden Gesellschafter. Es bedarf dann sowohl die Verpflichtung zur Veräußerung (= Einbringung, Kapitalgesellschaftsvertragsschluß) als auch ihr Vollzug der Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter (22). Zwar können sich die Gesellschafter auch hier wieder vertreten lassen. Aber eine besondere Vereinbarung des Inhalts, daß der Geschäftsführer auch Vollmacht für den Abschluß des Kapitalgesellschaftsvertrages namens der aufgelösten Personalgesellschaft haben soll, ist regelmäßig nicht nachweisbar.

II. Umwandlung unter Fortbestand der umzuwandelnden Gesellschaft nach ihrer Beteiligung

- 1) Die Voraussetzungen, unter denen für die umzuwandelnde Personalgesellschaft die Frage gestellt ist, ob sie als Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gründungsmitglied werden kann

Ist vereinbart, daß die Verteilung der Anteile unterbleibt, so wird die Personalgesellschaft nicht aufgelöst. Eine Auseinandersetzung ihrer Gesellschafter findet nicht statt. Die Personalgesellschaft bleibt Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft über die Umgründung hinaus. Je nachdem, ob sie ihr gesamtes Vermögen in die Kapitalgesellschaft eingebracht oder es mit Ausnahme der Grundstücke in Anteile umgesetzt hat, wird sie zur Holding- oder Besitz-(Grundstücks-) Gesellschaft. In ihr besteht sie fort. Sie ändert ihren Zweck, bewahrt jedoch ihre Identität. Dagegen ist es eine Frage des Einzelfalles, ob sie ihre rechtliche Natur als OHG oder KG beibehält oder zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird.

Gesellschafter keine Handlung vornehmen dürfe, die die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe, das Geschäft aber in eine AG oder GmbH einbringen könne, da die Veräußerung nicht notwendig die Auflösung der Gesellschaft bedeute. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß das umzuwandelnde Unternehmen - wie vielfach angenommen wird, vgl. Becker-Schmidt, S. 91; Friedlaender, 1. Aufl., S. 84; auch GmbH-Handbuch, S. 985, Muster 27 - schlechthin vom vertretungsberechtigten Gesellschafter eingebracht werden kann.

- (22) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm. 13; Heine, Diss., S. 26

Die Holding- und Besitzpersonengesellschaften werden im Regelfall weiterhin als Personalhandelsgesellschaften behandelt. Man ist sich zwar darüber einig, daß eine Besitzpersonengesellschaft nicht nur eine OHG oder KG, sondern auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein kann (1). Gleiches gilt von den Holdinggesellschaften (2). Aber eine Durchsicht der Steuerrechtsprechung und ein Blick in die Handelsregister zeigt, daß im Regelfall die aus einer abgeleiteten Betriebsaufspaltung hervorgegangenen Besitzpersonengesellschaften die ursprüngliche Rechtsform der umzuwandelnden KG oder OHG beibehalten. Auch die Holdinggesellschaften bestehen in dieser Form weiter (3). Bewahren die Holding- oder Besitzpersonengesellschaften in der Tat die Rechtsnatur einer Personalhandelsgesellschaft, so ist ihre Gründungsbeteiligung an der Kapitalgesellschaft zweifelsfrei. Verlieren sie jedoch durch die Übertragung ihres Gewerbebetriebes auf die Kapitalgesellschaft den Charakter einer OHG oder KG und werden in Wahrheit Gesellschaften bürgerlichen Rechts, so wirft ihre Rechtsnatur die Frage nach der Zulässigkeit ihrer Gründungsbeteiligung auf. Denn Gesellschaften bürgerlichen Rechts ist nach überwiegender Ansicht die Übernahme einer Stammeinlage oder Aktie bei Gründung einer GmbH oder AG versagt (4). Gerade in den Fällen der Beteiligung der umzuwandelnden Gesellschaft an der Umgründung, in denen ihr Fortbestand als Holding- oder Besitzpersonengesellschaft vereinbart ist und nicht bei einer Vollumwandlung, bei der ihre Auflösung und Auseinandersetzung stattfindet, gewinnt die Frage nach der Gründungsbeteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts Bedeutung.

Indes wird sie nur dann aufgeworfen, wenn das Betriebsvermögen vor Eintragung der Kapitalgesellschaft auf diese übertragen und dadurch die handelsgewerbliche Tätigkeit der umzuwandelnden Personengesellschaft beendet wird. Nur in diesem Falle kann die Personalgesellschaft noch im Gründungsstadium der Kapitalgesellschaft als deren Gesellschafterin zur Holding- oder Besitzpersonengesellschaft bürgerlichen Rechts werden. Erfolgen Vermögensübertragung und damit Aufgabe der handelsgewerblichen Tätigkeit in bezug auf das übertragene Unternehmen erst nach Eintragung der Kapitalgesellschaft auf diese,

-
- (1) Brönner, Besteuerung, S.600, und GmbHR 1959/1; GmbH-Handbuch, S. 729; Dürkes, BB 1949/66; Buchwald-Tiefenbacher, S.49
 - (2) Rasch, S.79 u. 77; Baumbach-Duden, § 105 Anm.3 B
 - (3) Friedlaender II, S.44; Rasch, S.54; Koehler, S.114
 - (4) Schmidt in Großkomm. AktG, § 2 Anm.9; Baumbach-Hueck, AktG, § 2 Anm.2 A; v.Godin-Wilhelmi, § 2 Anm.3; Scholz, § 2 Anm.7 und GmbHR 1956/17 ff.; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 2 Anm.2 D; GmbH-Handbuch, S.274; Schlegelberger-Quassowski, § 2 Anm.4; Brodmann, § 2 Anm.6 und § 18 Anm.1.

so stellt sich die Frage nach der Gründungsbeteiligung nicht. Sobald eine Kapitalgesellschaft eingetragen ist, wird die Mitgliedschaft einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei ihr uneingeschränkt anerkannt (5).

Daher kommt es zur Gründungsbeteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Falle der Umwandlung in eine AG regelmäßig nicht. Bei Gründung einer AG pflegen Sacheinlagen erst nach der Eintragung geleistet zu werden. Eine Übertragung der Einlagen an die Kapitalgesellschaft ist zwar auch schon vor der Eintragung möglich, wird aber vom Gesetz nicht gefordert (6). Die umzuwandelnde Personalgesellschaft kann daher über die Eintragung der AG hinaus als werdend tätige Handelsgesellschaft an ihr beteiligt bleiben (7). Ob sie evtl. nach der Eintragung als Holding- oder Besitzgesellschaft zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird, hat für die Frage ihrer Gründungsbeteiligung keine Bedeutung. Wird das Unternehmen jedoch der AG vor ihrer Eintragung übergeben (8), dann gelten die folgenden Ausführungen für die Umwandlung in eine GmbH entsprechend.

Aus den Grundsätzen der Einlageleistung bei einer GmbH folgt, daß die umzuwandelnde Gesellschaft, wenn sie durch die Übertragung ihres Unternehmens auf die Kapitalgesellschaft zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird, diese Rechtsnatur vor Eintragung der Kapitalgesellschaft annimmt.

Bei Gründung einer GmbH müssen die Sacheinlagen im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister vollständig zur

-
- (5) Fischer, JZ 1954/427 und in Großkomm., § 63 Anm.3; Baumbach-Hueck, AktG, § 63 Anm.1; v.Godin-Wilhelmi, § 63 Anm.I; Schlegelberger-Quassowski, § 63 Anm.2; Hachenburg-Schilling, § 18 Anm.4; Scholz, § 18 Anm.2; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 18 Anm.1; Brodmann, § 18 Anm.1; vgl. auch Anm.4 auf S.117 dieser Arbeit
 - (6) Fischer in Großkomm., § 28 Anm.16; Baumbach-Hueck, AktR, § 28 Anm.3; v.Godin-Wilhelmi, § 28 Anm.11; Schlegelberger-Quassowski, § 28 Anm.5; Boesebeck, Soz.Praxis 1939/607; nach Ritter, § 20 Anm.2 d, ist Leistung der Sacheinlage vor Eintragung der AG unmöglich.
 - (7) Das sieht Würdinger, AktR, S.113, bei der Umwandlung von Personalgesellschaften in Aktiengesellschaften als Regelfall an. Er zieht daraus für das Verhältnis von Vorgesellschaft zur eingetragenen Aktiengesellschaft weitreichende Folgerungen.
 - (8) Nach Fischer in Großkomm.AktG, § 34 Anm.12, ist es der Regelfall, daß ein Handelsgeschäft in die AG schon während des Gründungsstadiums eingebracht wird.

freien Verfügung ihrer Geschäftsführer stehen (9). Hierdurch sollen die Kapitalaufbringung gewährleistet und die Gläubiger der eingetragenen Kapitalgesellschaft gesichert werden (10). Die Einlagen sind zur freien Verfügung der Geschäftsführer gestellt, wenn der Einleger die eigene Verfügungsgewalt aufgegeben hat (11). Demzufolge wird bei beweglichen Sachen Eigentumsübertragung und bei Forderungen Abtretung verlangt (12). An den einzelnen Unternehmensgegenständen entsteht Gesamthandseigentum der Vorgesellschaft. Das ist zwar umstritten, wird aber überwiegend angenommen (13). Nur bei Grundstücken, wo die Eigentumsübertragung auf die Kapitalgesellschaft vor Eintragung nach h.L. rechtlich nicht möglich ist, weil die Kapitalgesellschaft nicht im Grundbuch erscheinen kann, bevor sie im Handelsregister eingetragen ist, be-

-
- (9) Diese Ansicht ist die herrschende, der auch die Praxis der Registergerichte folgt, vgl. Feine, S.142; Scholz, § 7 Anm.11; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 7 Anm.4 A; Hachenburg-Schilling, § 7 Anm.16; RGZ 84/337; 141/209; KG, DR 1940/1723.

Im übrigen ist die Frage, was auf eine Stammeinlage, die durch eine Sacheinlage abgedeckt werden soll, geleistet sein muß, um die Eintragung der GmbH anmelden zu können, Gegenstand eines jahrzehntelangen Theorienstreites. Der herrschenden stehen zwei andere Meinungen gegenüber. Während die eine vollständige Leistung der Sacheinlagen an die GmbH vor der Eintragung fordert, vgl. Staub's Kommentar zum GmbHG (1903), § 7 Anm. 11, verlangt die andere überhaupt keine Sachleistungen an die GmbH vor der Eintragung. Sacheinlagen sind erst - was dann mit den Grundsätzen des AktRechts übereinstimmt - an die eingetragene GmbH zu bewirken, vgl. Tietze, Diss. 1949, S.9 mit Lit.; Hachenburg in der 5.Aufl., § 7 Anm.16; OLG Hamburg, OLGR 16 (1907), S.112; Rehm, Arch.bürgerl. Recht 22 (1903), 119 ff. (122). Die h.A. stützt sich im wesentlichen auf die Motive zu § 7 Abs.2 GmbHG (zit. bei Hachenburg-Schilling, § 7 Anm. 14), dem Wortlaut des Gesetzes ist sie nicht zu entnehmen. Ihre jahrzehntelange Handhabung durch die Registergerichte macht sie zu einem Handelsgewohnheitsrecht praeter legem, so Feine, S.142, Hachenburg-Schilling, § 7 Anm.15.

- (10) Ein sehr wirksamer Schutz liegt darin nicht. Die Versicherung der Anmeldenden, daß die Sacheinlagen sich in der freien Verfügung des Geschäftsführers befinden, wird nicht nachgeprüft, allerdings wird auf die Richtigkeit dieser Versicherung gehaftet.

- (11) Hachenburg-Schilling, § 7 Anm.16

- (12) Hachenburg-Schilling, a.a.O.; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 7 Anm.4 B

- (13) vgl. Anm.16 auf S.127 dieser Arbeit

gnügt man sich mit Auflassung in bindender Form (14). Mit dieser Art der Einlageleistung wird regelmäßig die bisherige werbende Tätigkeit der Personalgesellschaft vor der Eintragung aufgegeben und von der zukünftigen GmbH übernommen. Das Unternehmen wird von deren Geschäftsführern geführt. Dabei dürfte es in diesem Zusammenhang auf die Eigentumslage gar nicht einmal so entscheidend ankommen. Auch wenn man die dinglichen Übertragungsakte rechtlich anders begreift - etwa als Übertragung unter der Rechtsbedingung der Eintragung (15) - betreibt die an der Gründung beteiligte Personalgesellschaft den Gewerbebetrieb des einzulegenden Unternehmens nicht mehr, sobald sie das Unternehmen als Sacheinlage den Geschäftsführern der zukünftigen GmbH zur Verfügung gestellt hat. Deren Aufgabe ist die Empfangnahme und Verwaltung der Einlagen. "Eines darf hierbei nicht übersehen werden. Man kann ein lebendes Unternehmen nur verwalten, indem man es fortführt und man kann es wiederum nur fortführen, indem man laufend neue Geschäfte abschließt" (16). Insofern wird das Unternehmen nicht mehr von der Personalgesellschaft betrieben. Daß die Geschäftsführer der zukünftigen GmbH mit den vertretungsberechtigten Gesellschaftern der Personalgesellschaft häufig - insbesondere bei reinen Umwandlungen - identisch sind, ändert daran nichts. Fehlt diese Identität, so ist das Unternehmen nur dann zur Verfügung gestellt, wenn es nicht mehr von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern der einbringenden Personalgesellschaft geführt wird (17). So etwa bei Umwandlung einer Familiengesellschaft zu dem Zwecke, Familienfremde mit der Geschäftsführung zu betrauen. Ebenso wenig ändert sich daran etwas, wenn die Firma eingebracht worden ist und die Geschäftsführer der zukünftigen GmbH unter

-
- (14) Scholz, § 7 Anm.4, und GmbHR 1957/65; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 7 Anm.4B; wohl auch Siegelmann, BB 1957/137; nach Gierke, HR, § 41 IV 2 c (S.283) u. Baumbach-Hueck, AktG, § 34 Anm.2C, ist Auflassung an und Eintragung der Vorgesellschaft (aller Gesellschafter als Gesamthänder) möglich. Nach der Eintragung der AG oder GmbH genügt Berichtigung.
- (15) vgl. S. 126 ff. dieser Arbeit
- (16) Boesebeck, Soz.Praxis 1939/Sp.606 ff. (608)
- (17) Nach Feine, S.143, kann ein einzubringendes Unternehmen bereits dadurch zur Verfügung gestellt sein, daß es von dem Inferrenten für Rechnung der Kapitalgesellschaft geführt wird, allerdings begrenzt auf den Fall, daß der Inferrent gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH ist. Bei Personalgesellschaften dürfte das bedeuten, daß deren geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Gesellschafter mit den Geschäftsführern der Kapitalgesellschaft identisch sein müssen.

der eingebrachten Firma der umzuwandelnden Personalgesellschaft auftreten, ohne ihr schon vor der Eintragung den Zusatz "GmbH" hinzuzufügen, so daß sämtliche Personengesellschafter dadurch noch nach §§ 15, 128 HGB persönlich verpflichtet werden (18). Die Firma ist nunmehr die der Kapitalgesellschaft. Gerade weil das Geschäft nicht mehr von der einlegenden Personalgesellschaft betrieben wird, folgt die Verpflichtung der Gesellschafter erst über die Anwendung des § 15 HGB (19).

Mit der Aufgabe der auf das eingebrachte Unternehmen bezogenen werbenden Tätigkeit hört die umzuwandelnde Gesellschaft dann auf, Handelsgesellschaft zu sein, wenn die Verwaltung des eingetauschten Aktienbesitzes und der nicht mit eingebrachten Grundstücke nicht ihrerseits eine vollkaufmännische Tätigkeit begründen. Dann ist sie vor der Eintragung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts geworden.

2) Die Rechtsnatur der Besitzpersonengesellschaft (1)

Ob die Funktion einer Besitzpersonengesellschaft - Grundstücksverpachtung und Anteilsverwaltung - eine werbende Tätigkeit und als solche eine voll-

-
- (18) Die persönliche Verpflichtung wird dann vermieden, wenn die Geschäftsführer der zukünftigen Kapitalgesellschaft - abgesehen von dem Fall, daß diese überhaupt eine andere Firma führt - bereits vor Eintragung der Kapitalgesellschaft der eingebrachten Firma den Zusatz GmbH oder AG hinzufügen. Hierdurch wird die Wirkung des § 15 HGB beseitigt, vgl. v. Godin, AcP 147/26 ff. (41) und v. Godin-Wilhelmi, § 34, Zusatz zu Anm. 2-10.
- (19) Im einzelnen ist sehr vieles unklar. Das hängt mit den ungeklärten Rechtsverhältnissen bei den Vorgesellschaften zusammen. Im Ergebnis wie hier OLG Saarbrücken, Urt. v. 9.3.1951, JZ 1952/35; wohl auch RGZ 143/368; anders Weipert, JZ 1952/37; vgl. auch Dregger, Haftungsverhältnisse, S. 83/84.
- (1) Im folgenden wird arguendi causa nur von der Besitzgesellschaft auf seiten der Personalgesellschaften und von der GmbH auf seiten der Kapitalgesellschaften gesprochen. Dabei handelt es sich um den typischen Fall. Denn bei Umwandlung in eine GmbH sollen Personengesellschaften selten als Holdinggesellschaften bestehen bleiben. Bei Umwandlung in eine AG werden sie seltener als Besitzgesellschaften aufrechterhalten. Die Betriebs-GmbH, nicht die Betriebs-AG ist die Regel. Und soweit sie gegenüber der aus ihr hervorgehenden AG als Holdinggesellschaften bestehen bleiben sollen, wird die Frage nach der Rechtsnatur bei der Gründungsbeteiligung

kaufmännische begründen, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Daß im Regelfalle eine vollkaufmännische Tätigkeit vorliegt, wird man nicht behaupten können. Daher handelt es sich in vielen Fällen, in denen Besitzpersonengesellschaften als Handelsgesellschaften im Handelsregister eingetragen bleiben - sei es mit oder ohne Veränderung der ursprünglichen Firma - in Wahrheit um Gesellschaften bürgerlichen Rechts, weil ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nicht mehr von ihnen betrieben wird.

Lediglich durch den gemeinschaftlichen Grundstücksbesitz (d.h. durch noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen) wird eine OHG oder KG nicht aufrechterhalten. Das hat das RG in seinem Beschluß vom 11.5.1937 (2) gegenüber einem entgegenstehenden Beschluß des OLG Karlsruhe vom 14.7.1928 (3) ausdrücklich hervorgehoben. Fehlt ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe, dann verwandelt sich die OHG oder KG hinsichtlich des gemeinschaftlichen Vermögens in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese Rechtsansicht ist heute völlig unbestritten (4).

häufig durch Sacheinlageleistung nach Eintragung der AG hinfällig. Im übrigen gilt, insoweit die Besitzgesellschaft zugleich Anteile innehat, das für sie Gesagte auch für die Holdinggesellschaft.

- (2) RGZ 155/75 ff. (80 ff.)
- (3) JW 1928/2644, Nr.4. Hier hatte eine OHG ihren ganzen Geschäftsbetrieb auf eine zum Zwecke der Umwandlung gegründete GmbH übertragen und nur ein Grundstück zurückbehalten, das gemeinschaftliches Eigentum bleiben sollte. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des KG, OLGR 24 (1910)/171 führt das Gericht aus, daß zwar der Betrieb eines Handelsgewerbes für die Entstehung einer OHG Voraussetzung sei, nicht aber für ihren Fortbestand. Sie bleibe daher so lange Vollkaufmann, bis sie kein Vermögen mehr habe. Sie sei - sofern einmal entstanden - ähnlich wie eine AG und GmbH schon von der Gründungszeit an Formkaufmann; zustimmend Piesko in Ehrenbergs Handbuch, Bd.II, S.290; Bondi in der Anm. zu diesem Urteil, a.a.O.; Staub, § 131 Anm.20 a; Wieland, HR I, S.445, 46; besonders Marcuse in Festschrift für Pinner, S.300 und 306 für Gesellschaften, die ihren Gewerbebetrieb eingestellt haben und sich auf die Verwaltung ihres Grundbesitzes beschränken. Die Gesellschaften blieben bis zur Veräußerung des Grundbesitzes oder seiner Aufteilung unter die Gesellschafter bestehen und dem HGB unterworfen.
- (4) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, Vorbem.V vor § 131; Schlegelberger-Geßler, § 131 Anm.8; Hueck, RdOHG, S.353; Groschuff, JW 1935/3265; Heubach, Diss., S.75

Die Verpachtung der zurückbehaltenen Grundstücke verhindert im Regelfalle nicht den Übergang in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, weil die Verpachtung im Regelfall kein vollkaufmännisches Gewerbe zu begründen vermag. Wenn schon anerkannt ist, daß eine Gesellschaft, die ihren gesamten Gewerbebetrieb verpachtet, zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird, weil sie dann ihren Gewerbebetrieb aufgibt (5) und dies selbst dann gilt, wenn sie nach Ablauf der Pachtzeit das Geschäft wieder fortführen will (6), dann verwandelt sie sich erst recht in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn sie sich ihres Gewerbebetriebes im wesentlichen entäußert und nur zurückbehaltene Grundstücke verpachtet (7).

-
- (5) BGH v. 19.5.1960, Bd.32/307 u. v. 13.11.1961, WM 1962/10 (12); Flechtheim in Düringer-Hachenburg, Vorbem. vor § 131 Anm.5; Weipert in RGRK HGB, § 131 Anm.22; Würdinger in RGRK HGB, § 22 Anm. 50; Hueck, RdOHG, S.13; Janberg, GmbHR 1951/174; KG v. 17.9. 1936, JFG 14/173 = JW 1936/3130 (mit Anm. Groschuff).
- (6) Weipert in RGRK HGB, § 131, Anm.22; Groschuff, JW 1935/3265; anders speziell für diesen Fall Hoeniger in Festschrift für Lenel, S.10 ff. Im Anschluß an KG, OLGR 27/301, prägt er den Begriff der ruhenden oder latenten Kaufmannseigenschaft des Verpächters. Die dem Verpächter verbleibenden Funktionen - Einziehung des Pachtzinses, Verwaltung der Grundstücke und ihrer Bestandteile, die Erteilung der Einwilligung für den Fall, daß der Pächter die gepachtete Firma löschen will, die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Pachtvertrag, die Weiterführung der Kapitalkonten der Personalgesellschaft, die Verteilung des Pachterlöses - ließen es wünschenswert erscheinen, den Verpächter den handelsrechtlichen Vorschriften weiterhin zu unterstellen und deshalb die Kaufmannseigenschaft fortbestehen zu lassen. Dies will Hoeniger über eine weitherzige Auslegung des § 2 HGB erreichen; zustimmend Gerlach, Diss., S.26 ff. und - mit anderer Begründung - Dannecker, Diss., S.80 ff.
- (7) Im Urt. v. 14.3.1940, DR 1940/806, hat das KG im gleichen Sinne entschieden. Hier hatte eine OHG ihr Geschäft mit Firma veräußert und ein Grundstück zurückbehalten. Zum Zwecke seiner Liquidation hatte sie eine neue Firma angenommen, dann jedoch das Grundstück auf 30 Jahre verpachtet. Daraufhin verlangte das Registergericht Löschung der Firma. Das KG bestätigte dieses Verlangen; vgl. auch Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 105 Anm.4, und OLG Oldenburg, DB 1955/215.

Auch durch die hinzukommende Verwaltung der Anteile ändert sich regelmäßig nichts an der Rechtsnatur als Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Eine OHG ist nicht mehr gegeben, wenn der Zweck der Gesellschaft sich lediglich auf die Verwaltung von Beteiligungen richtet (8). Holdinggesellschaften in diesem Sinne können nicht Personalhandelsgesellschaften sein (9).

Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen einer Betriebsaufspaltung. Sie gewinnen für viele Besitzpersonengesellschaften uneingeschränkt Gültigkeit. Selbstverständlich können auch Besitzpersonengesellschaften ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreiben, sofern bei ihnen eine bestimmte Größenordnung und eine über die bloße Verpachtung hinausgehende Zwecksetzung vorhanden sind. So können sie - was allerdings selten der Fall ist (10) - ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB betreiben, obwohl die Verpachtung ebensowenig wie die Anteilsverwaltung ein Grundhandelsgewerbe darstellt. So, wenn ihr Zweck zugleich auf Kreditaufnahme von Seiten Dritter und Investitionen bei der Betriebsgesellschaft, auf weiteren An- und Verkauf von Beteiligungen usw. gerichtet ist. Beschränken sie sich jedoch - wie im Regelfall - auf die bloße Verpachtung an die Betriebsgesellschaft, dann kann ein vollkaufmännischer Betrieb nur gem. § 2 HGB vorliegen. Voraussetzung hierfür ist, daß die Verwaltungstätigkeit nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb erforderlich macht (11). Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 HGB in einem solchen Falle ist bestritten.

(8) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, a.a.O.; Geiler in Düringer-Hachenburg, § 1 Anm.3; RFH Urt. v. 14.9.1938, RStBl.1939/5

(9) Baumbach-Duden, § 105 Anm.3 B

(10) Neitzel, Diss., S.64

(11) vgl. Urt. d. RFH v. 27.4.1938, StuW 1938, Nr.370, für die handelsrechtliche Beurteilung der Besitzgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung: "Wesentliche Voraussetzung ist stets, daß ein Gewerbe vorliegt; dies ist nach Art der Geschäfte und Betriebsführung, nach dem Umfang des Betriebes sowie nach der Absicht dauernder Gewinnerzielung von Fall zu Fall zu entscheiden. Ist aber ein Gewerbebetrieb nicht anzunehmen, so kann das Unternehmen auch nach § 2 HGB kein Handelsgewerbe und damit keine OHG sein. Wenn daher mehrere Beteiligte unter der Firma einer OHG Gebäude oder Grundstücke vermieten oder verpachten, so ist in dem Falle, daß die Tätigkeit der Gesellschaft lediglich in der Verwaltung der Grundstücke besteht, noch kein Betrieb eines Handelsgewerbes zu erblicken. Ein solches liegt erst dann vor, wenn nach Art und Umfang des Unternehmens ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb

So wird das Erfordernis eines kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetriebes verneint, weil die Besitzgesellschaft normalerweise nur mit der Betriebsgesellschaft in Geschäftsverbindung steht und die Abwicklung des Geschäftsverkehrs daher derart einfach und durchsichtig ist, daß die Notwendigkeit für eine umfangreiche Buchführung nicht besteht (12). Weiter wird darauf hingewiesen, daß häufig die Verwaltungstätigkeit vertraglich von der Betriebsgesellschaft übernommen wird, so daß die Besitzgesellschaft keine eigenen Angestellten und Räumlichkeiten hat. Meist fallen auch die Kosten der Grundstücksverwaltung der Betriebsgesellschaft zur Last (13). Man mag dem entgegenhalten, daß auch Besitzpersonengesellschaften Größenordnungen erreichen, die für die Verwaltung einen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb erforderlich machen und daß dann die Voraussetzungen des § 2 HGB unabhängig davon erfüllt sind, ob dieser kaufmännisch eingerichtete Gewerbebetrieb bei der Besitzpersonengesellschaft vorliegt oder von der Betriebsgesellschaft ausgeübt wird. Denn es kommt allein auf die Erforderlichkeit an. Aber bei vielen Besitzpersonengesellschaften fehlt eine solche Größenordnung (14). Jedenfalls trifft es nicht zu (15), daß bei den meisten Besitzpersonengesellschaften

gegeben ist, d.h. wenn die Verwaltung der Grundstücke über den Rahmen einer reinen Vermögensverwaltung hinausgeht.“ Alsdann vermengt das Urteil freilich die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Steuerrechts mit dieser handelsrechtlichen Position, indem es aus der wirtschaftlichen Verflechtung von Besitz- und Betriebsgesellschaft zur Annahme einer über die reine Vermögensverwaltung hinausgehenden Tätigkeit der Besitzgesellschaft gelangt und daraus ihre Gewerbesteuerpflicht ableitet.

(12) Stückmann, Diss., S.56/57

(13) vgl. auch Schneider-Martin, S.314

(14) Auf die Bedeutung der Größenordnung für die Annahme einer Grundstücksgesellschaft in der Rechtsform einer OHG oder KG nach § 2 HGB weist besonders Marcuse in Festschrift für Pinner, S.300, hin.

Als Beispiel einer nach § 2 HGB vollkaufmännisch tätigen Besitzgesellschaft kann die Neckermann-Grundstücks KG, deren Grundstücksvermögen einen Wert von 18 Mio. darstellt, genannt werden. Außerdem ist ihr Zweck nicht nur auf Vermietung an die Neckermann Versand KGaA beschränkt, sondern auf den Erwerb weiterer Liegenschaften gerichtet. Die Tendenz der Umstellung des reinen Versandhandels auf einen Filialhandel läßt hier durchaus eine vollkaufmännische Tätigkeit auch unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheinen.

(15) so jedoch Neitzel, Diss., S.64

ein Gewerbebetrieb nach § 2 HGB vorliegt (16). In der Literatur wird auch überwiegend anerkannt, daß bei den Besitzpersonengesellschaften die Voraussetzungen eines Handelsgewerbes i.S. des § 105 HGB weit häufiger fehlen als gegeben sind (17). Daß die Besitzgesellschaften dennoch als Handelsgesellschaften firmieren und im Handelsregister eingetragen sein dürfen, soll durch § 5 HGB gerechtfertigt sein (18). Indes ist diese Begründung auch nicht unanfecht-

(16) Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang auch ein Blick auf das Steuerrecht. Obwohl die Pachteinnahmen einer Besitzpersonengesellschaft der Einkommensteuer in der Form von Einkünften aus Gewerbebetrieb unterliegen und zugleich der Gewerbesteuer als Gewerbeertrag unterworfen werden, ist man sich darüber einig, daß die Besitzgesellschaft für sich allein betrachtet keine gewerbliche Tätigkeit i.S. des Steuerrechts mehr ausübt. Vgl. Böttcher, DB 1962/1350; Bise, DB 1962/418; Brönner, Besteuerung, Berichtungsblatt; Knoppe, GmbHR 1962/143; Römer, BB 1959/154; Zintzen-Lüthgen, BB 1957/816 für den Fall, daß die Besitzgesellschaft nur noch Grundstücksverpächterin, nicht aber Verpächterin des gesamten Unternehmens ist.

Die gewerbliche Tätigkeit der Besitzgesellschaft wird allein damit begründet, daß sie über die Betriebskapitalgesellschaft, also mittelbar am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, ohne daß darüber hinaus noch weitere Merkmale erforderlich sind, um ihre Tätigkeit zu einer gewerblichen zu machen; Brönner, Besteuerung, S.595. Das unterstreicht die Feststellung, daß im Handelsrecht der einen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb begründende Verwaltungsumfang nicht etwa als Regel zu betrachten ist. Wäre das der Fall, dann bedürfte es zur Begründung der Gewerbesteuerpflicht (jedoch wohl nicht mehr zur Begründung der Besteuerung von Pachteinnahmen als Einkünfte aus Gewerbebetrieb, vgl. BFH Urt. v. 13.11.1963, NJW 1964/942, worin der BFH eine 25jährige Rechtsprechung zum "ruhenden Gewerbebetrieb" im Falle der Verpachtung aufgibt) nicht des Hinweises auf die wirtschaftliche Einheit der Doppelgesellschaft. Hinzu kommt, daß die wirtschaftliche Einheit der Doppelgesellschaft im Handelsrecht keine Rolle spielen kann, weil jedes ihrer Glieder nach der von ihm ausgeübten Tätigkeit zu qualifizieren ist; vgl. auch Stückmann, Diss., S.57. Nur Möhle, 172, Bem.9, ist der Ansicht, die Besitz- und Anteilsverwaltungsgesellschaft sei deshalb Handelsgesellschaft, weil sie ihren handelsgewerblichen Zweck über die Betriebsgesellschaft mittelbar weiter verfolge.

(17) Brönner, Besteuerung, S.600; Zintzen-Lüthgen, BB 1957/816; Stückmann, Diss., S.57; vgl. auch Littmann, Wpg 1950/71

(18) Zintzen-Lüthgen, a.a.O.; Neitzel, Diss., S.64; Stückmann, Diss., S.59

bar (19). Zwar wird man die Verpachtung innerhalb einer Betriebsaufspaltung regelmäßig dahin auffassen können, daß die Besitzgesellschaft überhaupt noch ein Gewerbe betreibt. Dann findet § 5 HGB Anwendung (20). Doch gilt die Besitzgesellschaft nur als Handelsgesellschaft. Sie ist es nicht. Ihrer wahren Rechtsnatur nach ist sie eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Daraus ergibt sich dann mit Notwendigkeit: Ist die Firma der umzuwandelnden Personalgesellschaft in die Kapitalgesellschaft eingebracht worden, so darf für die Besitzgesellschaft, nachdem bei Eintragung der Kapitalgesellschaft unter der eingebrachten Firma diese Firma von Amts wegen im Handelsregister A gelöscht worden ist (21), keine neue Firma eingetragen werden. Ist die Firma nicht mit eingebracht worden, so darf sie von der Besitzgesellschaft nicht weiterhin geführt werden. Wird ihre Löschung nicht beantragt, dann ist diese entweder nach § 14 HGB zu erzwingen oder gegebenenfalls gem. §§ 31 Abs.2, 14 HGB von Amts wegen vorzunehmen. § 5 HGB gibt jedenfalls nicht die Möglichkeit, eine Besitzgesellschaft auf Dauer als Handelsgesellschaft aufrechtzuerhalten.

- 3) Die Beteiligung der umzuwandelnden Personalgesellschaft an der Gründung ist auch zulässig, wenn sie zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird

Betrachtet man die teilumzuwandelnde Personalgesellschaft nach der Veräußerung ihres Gewerbebetriebes an die Kapitalgesellschaft (= Übergabe an die Vor-gesellschaft) weiterhin als Handelsgesellschaft nach § 2 HGB, dann folgt daraus die Zulässigkeit ihrer Gründungsbeteiligung.

Es hat den Anschein, als finde die von Hoeniger (1) geforderte, aber nicht anerkannte weitherzige Auslegung des § 2 HGB für die Fälle der Verpachtung im Bereich der Betriebsaufspaltung weitgehend - wenn auch uneingestanden - Billigung.

(19) Insbesondere nicht in der ihr z.B. von Neitzel, a.a.O., gegebenen Form: "Scheinkaufleute sind in der Wahl des zu verfolgenden wirtschaftlichen Zweckes nicht gebunden. Daraus folgt, daß gegen die Vermietung und Verpachtung unter einer Form des Handelsrechts rechtliche Einwendungen nicht erhoben werden können."

(20) vgl. BGH Urt. v. 19.5.1960, Bd.32/307 = NJW 1960/1664. Das Vorliegen irgendeines Unternehmens genügt dagegen nicht.

(21) KGJ 44 (1913), 149 (150); Baumbach-Duden, § 31 Anm.2

(1) Festschrift für Lenel, S.10 ff.; vgl. hierzu Anm.6 auf S.111 dieser Arbeit

Anerkennt man dagegen, daß die teilumzuwandelnde Personalgesellschaft - wie es bei sehr vielen Betriebsaufspaltungen der Fall ist - in Wahrheit schon vor Eintragung der Betriebskapitalgesellschaft zur Besitzgesellschaft bürgerlichen Rechts wird und hält man die Übernahme einer Stammeinlage oder einer Aktie durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts für unzulässig, dann liegt es ebenso nahe, die ganze Umwandlungskonstruktion abzulehnen, anstatt die Gründungsbeteiligung der umzuwandelnden Personalgesellschaft deshalb anzuerkennen, weil sie nach § 5 HGB noch als Handelsgesellschaft gilt. Gerade weil sie nur als Handelsgesellschaft gilt, bleibt der Vorwurf möglich, durch eine unzutreffende Handhabung des § 5 HGB werde die unzulässige Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft umgangen und die Umwandlungskonstruktion überhaupt erst ermöglicht. Denn die umzuwandelnde Personalgesellschaft wird - obwohl sie ihrer wahren Rechtsnatur nach schon vor Eintragung der Kapitalgesellschaft zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts geworden ist - noch als Personalhandelsgesellschaft bei der Kapitalgesellschaft im Handelsregister B als Mitglied eingetragen, anstatt ihrerseits im Handelsregister A gelöscht zu werden.

Dieser Vorwurf ist nur dann nicht von Gewicht, wenn man - entgegen der wohl überwiegenden Meinung - anerkennt, daß auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei der Gründung einer AG oder GmbH eine Aktie oder Stammeinlage übernehmen kann. Dann wird durch den Hinweis, die umzuwandelnde Gesellschaft sei nach der Veräußerung ihres Vermögens an die Kapitalgesellschaft in Wahrheit zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts geworden, weder die ganze Umwandlungskonstruktion in Frage gestellt noch von der Fortgeltung der zur Besitzgesellschaft bürgerlichen Rechts gewordenen Personalgesellschaft als Handelsgesellschaft i.S. des § 5 HGB abhängig gemacht. Zwar wird auch dann die Eintragung der umzuwandelnden Personalgesellschaft als Gründungsmitglied der Kapitalgesellschaft in der Form einer nur nach § 5 HGB bestehenden OHG oder KG erfolgen. Denn vor Eintragung der Kapitalgesellschaft pflegt man die Firma der umzuwandelnden Personalgesellschaft nicht zu löschen (2). Doch kann dann

-
- (2) Dafür besteht firmenrechtlich auch kein Bedürfnis. Außerdem liegt es nahe, die umzuwandelnde Gesellschaft in der gleichen Form, in der sie an der Satzungsfeststellung beteiligt war, als Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft einzutragen. Im Zeitpunkt der Aktienzeichnung oder Übernahme der Stammeinlage war die umzuwandelnde Personalgesellschaft noch Handelsgesellschaft. Erst durch die nach der Satzungsfeststellung vorgenommene Einlageleistung (= Übertragung an die Vorgesellschaft) ist sie zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts geworden.

falls die Firma der Besitzgesellschaft im Handelsregister A nach Eintragung der Kapitalgesellschaft gelöscht oder für die Besitzgesellschaft keine neue Firma eingetragen wird, weil eine Handelsgesellschaft nicht mehr vorliegt - daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß die Umwandlungskonstruktion von Anfang an nicht möglich war. Die Umwandlungskonstruktion hängt dann im Grundsatz auch nicht mehr von der vielfach unerkennbaren Qualifikation der umzuwandelnden Personalgesellschaft als aufgelöste Handelsgesellschaft (das gesamte Vermögen wird eingebracht und sämtliche Anteile werden verteilt), als fortbestehende Handelsgesellschaft (Besitzgesellschaft mit vollkaufmännischem Gewerbebetrieb) oder als fortbestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Besitzgesellschaft ohne vollkaufmännischen Gewerbebetrieb) ab. Eine überzeugende Begründung für die Zulässigkeit einer Beteiligung der umzuwandelnden Gesellschaft, die nicht aufgelöst ist, der Gründung der aus ihr hervorgehenden Kapitalgesellschaft hängt daher vielfach davon ab, ob auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gründungsmitglied eine Aktie oder Stammeinlage übernehmen kann.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht auch bei Gründung einer Kapitalgesellschaft eine Aktie oder Stammeinlage sollte übernehmen können (3). Geht doch das Gesetz selbst davon aus, daß bestehende Aktien oder Geschäftsanteile von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erworben und nach Maßgabe der §§ 18 GmbHG, 63 AktG im Verhältnis zur Kapitalgesellschaft gehalten werden können (4). Wenn

-
- (3) Hachenburg-Schilling, § 2 Anm.27; Feine, S.68 und 398 ff.; Fischer, JZ 1954/427; Ripfel, GmbHR 1956/7; Merker, NJW 1957/1909; Grothus, GmbHR 1958/156; Kopei, GmbHR 1960/85; Becker-Schmidt, S.39; Ritter, § 2 Anm.3b; Würdinger, AktR, S.96; vgl. auch RGZ 83/256 ff.(260)
- (4) Nach §§ 18 GmbHG, 63 AktG können Aktien oder Geschäftsanteile mehreren gemeinschaftlich zustehen. Es ist allgemein anerkannt, daß diese Vorschriften nicht für juristische Personen und die ihnen ähnlichen Personalhandelsgesellschaften, sondern für Bruchteilsgemeinschaften, nicht-rechtsfähige Vereine, Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Erbengemeinschaften und eheliche Gütergemeinschaften gelten. Die §§ 18 GmbHG, 63 AktG modifizieren das Außenverhältnis dieser Gemeinschaften, soweit es gegenüber der Kapitalgesellschaft in Rede steht. Wie weit, hängt von dem jeweiligen Außenverhältnis der einzelnen Gemeinschaften ab. Für das Innenverhältnis dieser Gemeinschaften gelten die ihnen eigenen Regeln, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einer Erbengemeinschaft

von einer Beteiligung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei der Gründung die Rede ist, so kann ebenfalls nur eine solche unter Beachtung der §§ 18 GmbHG, 63 AktG in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang ist daher allein entscheidend, ob besondere Gründe vorliegen, die gegen eine Beteiligung bei der Gründung, nicht aber bei der bereits eingetragenen Kapitalgesellschaft sprechen.

Diese Sachfragen werden häufig durch Begrifflichkeiten verdeckt. So wird die Übernahme einer Stammeinlage durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei der Gründung häufig wegen ihrer mangelnden Parteifähigkeit verneint (5). Dieser aus dem Prozeßrecht stammende Begriff hat mit der Lösung der materiell-rechtlichen Frage der Gründungsbeteiligung nichts zu tun (6). Im übrigen würde das Argument auch gegen eine Beteiligung nach Eintragung der Kapitalgesellschaft sprechen. Es ist nicht recht verständlich, warum die mangelnde Parteifähigkeit gerade und nur die Gründungsbeteiligung ausschließen soll. Irreführend, aber unschädlich ist diese Argumentation lediglich dort, wo sie nur erklären soll, daß sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht als solche an der Gründung beteiligen kann, aber anerkannt wird, daß sie im Rahmen des § 18 GmbHG eine Stammeinlage übernehmen darf (7). In diesem Sinne sind die Ausführungen Hachenburgs (8) zu verstehen: "Eine bürgerliche Gesellschaft kann als solche nicht als Gründer auftreten. Denn sie besitzt keine Parteifähigkeit. Aber sie kann sich in dem Sinne und mit der Wirkung bei der Gründung beteiligen, daß die wahren Gründer in diesem Falle die Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft sind. Diese sind nach § 8 Ziff.3 GmbHG nach Name, Stand und Wohnort anzugeben. Mehrere Personen können gemeinsam eine Stammeinlage bei der Gründung übernehmen... Die mehreren gemeinschaftlich Handelnden haben dabei als ein Gesellschafter zu gelten" (9). Es

usw. Für die Kapitalgesellschaften werden dadurch Unzuträglichkeiten vermieden, die aus dem jeweiligen Gemeinschaftsverhältnis der Mitberechtigten in sie hineingetragen werden können.

(5) Scholz, § 2 Anm.7

(6) Fischer, JZ 1954/427; Ripfel, GmbHR 1956/7; Merkert, NJW 1957/1909; Grothus, GmbHR 1958/157

(7) Hachenburg-Schilling, § 2 Anm.27; Kopei, GmbHR 1960/85

(8) Hachenburg-Schilling, a.a.O.

(9) Ebenso Feine, S.68, ohne sich in diesem Zusammenhang der unzutreffenden Begriffe mangelnde Parteifähigkeit oder mangelnde Rechtsfähigkeit zu bedienen: "Die Gesellschafter, Vereinsangehörigen, Ehegatten, Miterben haben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als ein Gründer bzw. Mit-

ist unzutreffend, diese Auffassung der Widersprüchlichkeit zu ziehen (10). Scholz meint, er sehe in diesen Auffassungen keinen Unterschied zu einer Beteiligung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solcher, denn die bürgerliche Gesellschaft sei doch nichts anderes als die Gesamtheit ihrer Gesellschafter. Daher wertet er diese Auffassungen als Eingeständnis, daß eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eben doch keine Stammeinlage übernehmen könne.

In der Sache selbst wird gegen die Übernahme einer Stammeinlage geltend gemacht, aus § 3 Ziff.4 und § 5 Abs.1 und 2 GmbHG folge als Wille des Gesetzes: Jeder Gesellschafter je eine Stammeinlage, nicht mehrere Stammeinlagen eines Gesellschafters, nicht mehrere Gesellschafter und nur eine Stammeinlage (11). Eine Absicht dahin, daß nicht mehr Gesellschafter auftreten sollen als Stammeinlagen vorhanden sind, wird man indes den Vorschriften nicht entnehmen können. Der mit ihnen verfolgte Zweck wird durch eine Beteiligung mehrerer nicht in Frage gestellt (12). Man kommt über die Vorschrift des § 18 GmbHG nicht hinweg, wonach ein Geschäftsanteil mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen kann (13). Das ist das entscheidende Argument.

Zwar spricht § 18 GmbHG vom Geschäftsanteil und nicht von der Stammeinlage. Ein Geschäftsanteil besteht erst nach Eintragung der GmbH. Doch ist es folgerichtiger, eine Mitberechtigung auch im Gründungsstadium anzuerkennen, statt die umgekehrte Folgerung zu ziehen, daß der Wille des Gesetzes, wie

glied der GmbH i.S. von § 3 Ziff.3 und § 5 zu gelten, nicht die Gesellschaft, der Verein als solcher."

(10) Scholz, GmbHR 1956/17

(11) Scholz, GmbHR 1956/18; vgl. auch KGJ 33 (1907), 135

(12) Es soll festgestellt werden, wer die Stammeinlage schuldet und dafür haftet (Kopei, a.a.O., S.85). Daher genügt es, wenn im Gesellschaftsvertrag die Höhe der einzelnen Stammeinlagen festgesetzt wird und sich erst aus den Übernahmeerklärungen ergibt, welche Gesellschafter eine bestimmte Stammeinlage gemeinschaftlich z.B. als Gesellschaft bürgerlichen Rechts übernehmen (Ripfel, GmbHR 56/8; zustimmend Grothus, GmbHR 1958/157). Die Gläubiger sind zudem besser geschützt, als wenn nur ein Gesellschafter die Stammeinlage übernommen hat. Die Mitberechtigten haften auf die Stammeinlage solidarisch, § 18 Abs.2 GmbHG, gegenüber der Gesellschaft, nicht etwa nach § 24 GmbHG entsprechend ihrer Beteiligung am gemeinschaftlichen Anteil.

(13) Fischer, JZ 1954/427 und alle in Anm.3 auf S. 117 dieser Arbeit Genannten.

man den §§ 3 Ziff.4 und 5 Abs.1 und 2 entnehmen zu können glaubt, in § 18 GmbHG eine Bestätigung finde (14).

Mit Recht hat man auch auf eine mißliche Konsequenz dieser Auffassung hingewiesen (15). Eine Erbengemeinschaft könnte nicht zur Erfüllung der vom Erblasser übernommenen Einlageverpflichtung gezwungen werden, wenn der Erblasser vor Eintragung der GmbH verstorben ist (16).

Auch die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, insbesondere des Stimmrechts, bereiten entgegen der Ansicht von Scholz (17) keine Schwierigkeiten. Zwar muß die Ausübung des Stimmrechts unterbleiben, wenn sich die gemeinschaftlich Berechtigten nicht einigen können. Aber in der gegenseitigen Beschränkung der Gesamthänder liegt gerade der Sinn der gemeinsamen Übernahme einer Stammeinlage. Die Gesamthänder und nicht der einzelne Mitberechtigten haben die Stammeinlage übernommen. Die Frage der Ausübung des Stimmrechts ist nicht eine solche zwischen den einzelnen Gesamthändern und der GmbH, sondern der Gesamtheit der Gesamthänder und der GmbH (18). Im übrigen gelten für eine aus einer OHG oder KG hervorgegangene Gesellschaft

(14) Verfehlt ist der weitere, dafür gebrachte Hinweis (Scholz, GmbHR 1956/18), daß das Gesetz auch in sonstigen Beziehungen die Zeit vor und nach der Eintragung unterscheide. Richtig ist, daß bei der Gründung jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage übernehmen, während er nach der Eintragung mehrere Geschäftsanteile haben kann. Ebenso, daß eine einzige Person nicht Gründer sein kann, während sie nach der Eintragung alle Anteile in ihrer Hand vereinigen darf. Das rechtfertigt eine solche zeitliche Differenzierung aber nicht im Falle der Übernahme einer Stammeinlage durch mehrere. Hierfür müssen ebenso Gründe gegeben sein wie dort. Dort sollen nämlich GmbH-Anteile nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sein. Daher sollen nicht mehr Anteile gebildet werden können als Gesellschafter vorhanden sind. Die Einmanngesellschaft ist die Konsequenz aus der juristischen Persönlichkeit der GmbH.

(15) Hachenburg-Schilling, § 2 Anm.27; Feine, S.68; Merker, NJW 1957/1909

(16) Hier anerkennt auch Scholz (GmbHR 56/18) ein Bedürfnis für die Beteiligung im Gründungsstadium, ohne sie freilich zuzulassen. Er verlangt vielmehr Änderung des Gesellschaftsvertrages nach vorgängiger Auseinandersetzung der Miterben und Übernahme einer Stammeinlage durch jeden einzelnen Miterben.

(17) Scholz, GmbHR 1956/18

(18) Grothus, GmbHR 1958/158

bürgerlichen Rechts mangels einer ausdrücklich anderen Vereinbarung die bisherigen Vertretungsberechtigungen weiter (19).

Bei der Aktiengesellschaft gilt das für die GmbH Gesagte entsprechend. Auch das Aktienrecht verbietet nicht eine gemeinsame Aktienübernahme durch mehrere Personen. § 2 AktG nimmt dazu keine Stellung. Er sagt nichts über die Gründerqualität aus. Auch eine Teilung der Aktien i.S. des § 8 AktG liegt in der gemeinschaftlichen Zuständigkeit nicht (20). Auch gibt hier nicht einmal der Wortlaut des § 63 AktG Veranlassung dafür, zwischen der Zeit vor und nach der Eintragung zu unterscheiden.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Auch wenn die umzuwandelnde Personalgesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens auf die Kapitalgesellschaft vor deren Eintragung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird, hindert dies ihre Beteiligung an der Umgründung nicht. Ihre Beteiligung ist nicht nur deshalb zulässig, weil sie regelmäßig bis zur Eintragung der Kapitalgesellschaft Scheinhandelsgesellschaft ist.

C. DIE PERSONALGESELLSCHAFT WIRD IN DIE KAPITALGESELLSCHAFT UMGEWANDELT, INDEM DIE KAPITALGESELLSCHAFT ZUM ZWECKE DER GESCHÄFTSÜBERNAHME AN DER PERSONALGESELLSCHAFT BETEILIGT WIRD

I. Anteilseinbringung und Geschäftsübernahme

1) Grundzüge der Konstruktion

Eine gleichzeitige Übertragung sämtlicher Personalgesellschaftsanteile als Sacheinlage auf die durch die Personengesellschafter gegründete Kapitalgesellschaft hat sich als rechtlich unmöglich erwiesen. Es liegt daher nahe, die aufgezeigten Schwierigkeiten dadurch zu umgehen, daß nicht sämtliche Gesellschafter der OHG oder KG gleichzeitig ihre Anteile auf die GmbH oder AG übertragen, sondern daß die Übertragung der Anteile sukzessive erfolgt. Auf diese Weise scheint es möglich, eine wirkliche Anteilsübertragung durchzuführen. Die Kapitalgesellschaft wird zur Gesellschafterin der Personalgesellschaft zwischen der ersten und letzten Anteilsübertragung. Von den an der Gründung der Kapitalgesellschaft beteiligten Personalgesellschaftern über-

(19) KG, DR 1939/1820 (21)

(20) h. L. v. Godin-Wilhelmi, § 8 Anm. 9

tragen alle bis auf einen ihr Mitgliedschaftsrecht im Wege des Einbringens auf die Kapitalgesellschaft gegen Gewährung eines entsprechenden Anteils. Ein förmlicher Auflösungsbeschluß wird bei der Personalgesellschaft nicht gefaßt. Die Kapitalgesellschaft wird durch diese Übertragungen Mitglied der Personalgesellschaft. Sie wird Miteigentümer zur gesamten Hand. Nunmehr übernimmt die Kapitalgesellschaft als beteiligte Personalgesellschafterin durch Vereinbarung mit dem letztverbliebenen Mitgesellschafter das gesamte Vermögen der Personalgesellschaft mit Aktiven und Passiven nach § 142 HGB. Sie wird dadurch ohne besondere Übertragungshandlungen im Wege der Anwachsung, §§ 142 HGB, 738 BGB Alleineigentümerin des bisherigen Gesamthandsvermögens. Der ausscheidende (letzte) Gesellschafter erhält vereinbarungsgemäß anstelle der gesetzlich vorgesehenen Barabfindung einen entsprechend hohen Anteil an der Kapitalgesellschaft.

Diese Konstruktion wird in der Rechtslehre allgemein anerkannt (1). Ausführungen über die dargestellten Grundzüge hinaus finden sich jedoch nicht. In der Praxis ist sie unüblich. Auch die Rechtsprechung hat sich mit ihr bis jetzt nicht beschäftigt. Das macht ihre Beurteilung schwierig.

Bevor auf Einzelheiten dieser Konstruktion eingegangen wird, ist noch darauf hinzuweisen, daß ihr eine naheliegende Möglichkeit, die Geschäftsübernahme in den Umwandlungsvorgang einzufügen, gerade nicht zugrunde liegt. Diese Möglichkeit wäre die folgende: Es beteiligen sich nicht alle Gesellschafter der umzuwandelnden Personalgesellschaft an der Gründung der Kapitalgesellschaft. Nur die Anteilseinbringer schließen den Gesellschaftsvertrag. Sobald die Kapitalgesellschaft eingetragen ist und die Anteile - sei es vor, sei es nach der Eintragung - an sie abgetreten worden sind, wird zwischen dem Geschäftsführer der Kapitalgesellschaft und dem letzten Mitgesellschafter der Geschäftsübernahmevertrag nach § 142 HGB geschlossen. Als dann wird durch Beschluß das Kapital der AG oder GmbH um den Wert der Beteiligung des Ausscheidenden erhöht. Der Ausscheidende bringt auf das erhöhte Kapital seine Abfindungsforderung ein. Auf diese Weise erhält er Mitgliedschaftsrechte.

Dieser Weg über die Kapitalerhöhung macht eine Satzungsänderung nach Eintragung der Kapitalgesellschaft erforderlich. Ist in eine AG umgewandelt worden und übernimmt die AG innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Eintragung das Geschäft nach § 142 HGB von dem letztverbliebenen Gesellschafter - was

(1) Heim, BB 1947/325; Lehmann, GR, S.359 und unter Bezugnahme auf Heim Koehler, S.113; Furtwängler, Diss., S.74; Bock, Diss., S.14 ff. Nach Tietze, Diss., S.49, ist die Gesellschaft bereits aufgelöst, wenn eine sukzessive Anteilsübertragung vereinbart wird.

wohl immer innerhalb der Zweijahresfrist erforderlich ist, da die Umwandlung erst dadurch beendet wird -, dann sind auf die Kapitalerhöhung die Nachgründungsvorschriften, § 45 AktG, anzuwenden. Demgegenüber geht die dargestellte Umwandlungskonstruktion davon aus, daß sich alle Gesellschafter der umzuwandelnden Personalgesellschaft in voller Höhe der von ihnen in Aussicht genommenen Geschäftsanteile oder Aktien an der Gründung der Kapitalgesellschaft beteiligen (2) und die Übernahme nach § 142 HGB lediglich die besondere Form sowohl für eine von allen Einlageverpflichtungen als auch für eine von allen Erfüllungshandlungen darstellt.

2) Die einleitende Anteilsübertragung

a) Personalgesellschaftsanteile als Sacheinlage

Gegenstand der Sacheinlage sind für alle bis auf einen Gesellschafter die Anteile an der umzuwandelnden Personalgesellschaft.

Nach überwiegender Meinung wird ein Personalgesellschaftsanteil für sacheinlagefähig gehalten (1). Eine besondere Begründung findet sich dafür nicht. Sie erschöpft sich meist in der Feststellung, daß einlagefähig ist, was als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann. Und das kann ein Personalgesellschaftsanteil zweifellos. Es wird auch darauf verwiesen, daß eine Kapitalgesellschaft Gesellschafterin einer Personalgesellschaft sein kann (2). Dagegen wird die Sacheinlagefähigkeit ohne Begründung verneint von Schlegelberger-Quassowski (3) und mit dem für die Einlagefähigkeit indifferenten Hinweis auf § 719 Abs.1 Satz 1 BGB auch von Feine (4). Andere Autoren (5) führen

(2) So Heim, a.a.O.; nicht ganz deutlich, aber wohl ebenso, indem er sich auf Heim beruft, Lehmann, a.a.O.

(1) Gadow in Großkomm., § 20 Anm.5 ("sogar ein Anteil an einer OHG mit Zustimmung der anderen Gesellschafter"); Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 Anm.26 und 37; Fischer in Großkomm. AktG, § 20 Anm.6; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.16 ("wenn der Inferrent an der Personalgesellschaft mit Vermögen beteiligt und die Übertragung allgemein oder für den Einzelfall gestattet ist"); v.Wallis, StuW 1954/151; Rupp, StuW 1954/155

(2) so Gadow, a.a.O. unter Hinweis auf RGZ 105/101 und 123/289

(3) AktG-Komm., § 20 Anm.4

(4) S.108

(5) Baumbach-Hueck, AktG, § 20 Anm.2 A; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 5 Anm.5 B; Scholz, § 5 Anm.15

als einlagefähige Beteiligungen zwar Aktien, Geschäftsanteile und auch Kuxe an, erwähnen aber Anteile an einer Personalhandelsgesellschaft nicht. Man ist geneigt, eine Art qualifizierten Schweigens anzunehmen.

Daß eine AG oder GmbH Geschäftsanteile einer OHG erwerben und damit Gesellschafterin derselben werden kann, ist seit dem grundlegenden Beschluß des RG vom 4.7.1922 (6) allgemeine Meinung. Daraus folgt zwar unmittelbar, daß ein OHG-Anteil bei einer Kapitalerhöhung (§§ 56 GmbHG, 150 AktG) Gegenstand der Sacheinlage sein kann, doch noch nicht, daß dies auch bei einer Gründung (§§ 5 Abs.4 GmbHG, 20 AktG) uneingeschränkt gilt (7). Die Fälle liegen offensichtlich nicht gleich. Bei einer Kapitalerhöhung erwirbt eine rechtsfähige Gesellschaft den OHG-Anteil. Eine rechtsfähige Gesellschaft wird Mitglied. Das wird seit RGZ 105/101 allgemein für zulässig gehalten. Bei der Gründung können jedoch die im Gründungsstadium geltenden, äußerst strittigen Rechtsverhältnisse dazu führen, daß schon die Vorgesellschaft, d.h. die Kapitalgesellschaft zwischen ihrer notariellen Errichtung und ihrer Eintragung in das Handelsregister, zur Gesellschafterin der Personalgesellschaft wird. In der Literatur wird eine Abhängigkeit zwischen der Sacheinlagefähigkeit eines Personalgesellschaftsanteiles und den Rechtsverhältnissen der Vorgesellschaft nicht erörtert.

Es ist eine Frage der Auslegung, ob in den gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen zur Einlage der Personalgesellschaftsanteile zugleich die Abtretungen selbst enthalten sind. Regelmäßig wird das der Fall sein. Das bringt die Natur der Anteile als unkörperliche Rechte mit sich. Für die Einlage von GmbH-Anteilen oder Aktien ist dies allgemein anerkannt (8), wenn nicht eine ausdrückliche Vereinbarung, daß die Abtretung erst später erfolgen soll, vorliegt oder aus nachträglich vorgenommenen Abtretungshandlungen erkennbar wird. Zwar genügt bei Übertragung eines Personalgesellschaftsanteiles eine Abtretung

(6) RGZ 105/101

(7) Diese Frage brauchte bei der gleichzeitigen Übertragung sämtlicher OHG-Anteile auf die neugegründete Kapitalgesellschaft nicht besonders erörtert zu werden, obwohl auch dort die Anteile zweifellos als Sacheinlage verstanden wurden. Die Unmöglichkeit gleichzeitiger Anteilsübertragung ergab sich aus dem Wesen eines OHG-Anteiles. Es war gleichgültig, ob die Übertragung auf eine Kapitalgesellschaft oder auf eine natürliche Person erfolgte und ob der OHG-Anteil Sacheinlage war oder nicht.

(8) Hachenburg-Schilling, § 15 Anm.6; KG, DJ 1941/1807 (für Einlage eines GmbH-Anteiles in eine GmbH).

nicht. Vielmehr bedarf es noch eines Aufnahmevertrages des Erwerbers mit den Verbliebenen (9). Ist die Übertragung des Personalgesellschaftsanteils in Abweichung von § 719 BGB gestattet, so sieht man den Aufnahmevertrag regelmäßig als durch den Veräußerer in Vertretung der anderen Gesellschafter mit dem Erwerber geschlossen an (10). Abtretung und Neuaufnahme fallen in den Handlungen von Veräußerer und Erwerber zusammen. Daher wird auch für Personalgesellschaftsanteile gelten, daß Verpflichtung zu ihrer Einlage und Erfüllungshandlung zusammenfallen im Zeitpunkt des notariellen Gesellschaftsvertragsschlusses. So insbesondere, wenn in der Satzung die Formulierung enthalten ist, "die Einlagen sind damit geleistet", und wenn die Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister vorgenommen wird, ohne daß weitere Abtretungshandlungen nachweisbar sind.

Ist die Abtretung schon in den Vereinbarungen des Gründungsvertrages enthalten oder erfolgt sie sonst vor Eintragung der Kapitalgesellschaft - was bei Gründung einer GmbH stets erforderlich ist, da hier die Sacheinlagen zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen müssen, während bei Gründung einer AG die Abtretung sowohl vor als auch nach der Eintragung vorgenommen werden kann -, so stellt sich die Frage, ob hierdurch schon die Vorgesellschaft Inhaberin des Anteils und damit Gesellschafterin der Personalgesellschaft wird. Ist das der Fall, so ergibt sich die weitere Frage, ob die Vorgesellschaft Gesellschafterin einer Personalgesellschaft sein kann.

- b) Die Sacheinlagefähigkeit von Personalgesellschaftsanteilen ist abhängig von den Rechtsverhältnissen bei der Vorgesellschaft

Die Vorgesellschaft wird dann zur Gesellschafterin der Personalgesellschaft, wenn die Anteile durch die Abtretung vor der Eintragung in ein ihr zustehendes Gesamthandseigentum an den Einlagegegenständen fallen. Denn die Vor-

- (9) Nach dem Urt. d. BGH v. 28.4.1954, JZ 1954/503 mit Anm. von Hueck und BGH Urt. v. 11.2.1960, NJW 1960/964 ist "die Abtretung eines Geschäftsanteils als eine echte Abtretung i.S. eines derivativen Rechtsüberganges" (Urt. v. 11.2.1960, a.a.O.) anzusehen. Mit Recht weist Hueck, a.a.O., darauf hin, daß gleichwohl in der Abtretung immer die Aufnahme des Erwerbers in die Gesellschaft liegt. Auch heute noch wird überwiegend ein Aufnahmevertrag angenommen, vgl. Schlegelberger-Keßler, § 130 Anm.3; Baumbach-Duden, § 105 Anm.7 c; Staudinger-Keßler, § 705 Bem.5; Lehmann, HR, S.133 u. 85; Übersicht über die Vielzahl der Theorien bei Kaiser, Diss., 1956.
- (10) Hueck, JZ 1954/503 und die in Anm.9 Genannten

gesellschaft kann nicht Inhaber der Anteile sein, ohne zugleich Mitglied bei der umzuwandelnden Personalgesellschaft zu werden. Anteil und Mitgliedschaft sind untrennbar miteinander verknüpft (11). Dagegen wird die Vorgesellschaft nicht Mitglied der umzuwandelnden Personalgesellschaft, wenn sie kein Gesamthandseigentum an den Anteilen erwirbt.

Die Ansichten darüber, ob einer Vorgesellschaft die Sacheinlagen zu Gesamthandseigentum zustehen, sind geteilt. Weder die bejahende noch die verneinende Ansicht knüpft in dem Sinne an eine bestimmte Auffassung über die strittige Rechtsnatur der Vorgesellschaften oder die ebenso strittige Frage nach ihrer Identität oder Verschiedenheit mit der eingetragenen Kapitalgesellschaft an, daß deren Klärung eine Entscheidung über die Vermögenszuständigkeit mit sich bringen würde. Hinsichtlich der Vermögenszuständigkeit sind vielmehr zwei Auffassungen zu unterscheiden.

Nach der einen entsteht für die Vorgesellschaft kein Gesamthandseigentum an den Einlagegegenständen (12). Diese werden nur unter der Rechtsbedingung der Eintragung an die Geschäftsführer geleistet. Das Eigentum der Kapitalgesellschaft ist aufschiebend bedingt. Mit der Eintragung ins Handelsregister geht das Eigentum des Inferrenten unmittelbar in Körperschaftsvermögen über.

Danach bleibt im vorliegenden Falle der Anteilseinbringer bis zur Eintragung der Kapitalgesellschaft Gesellschafter der Personalgesellschaft. Da der Anteil ein unkörperliches Recht ist, entfällt auch die Möglichkeit einer Übergabe an die Geschäftsführer vor der Eintragung. Für die zukünftige Kapitalgesellschaft wird nur eine durch die Eintragung aufschiebend bedingte Mitgliedschaft bei der Personalgesellschaft begründet. Einer solchen Vereinbarung stehen keine Bedenken entgegen. Aus der Sicht des Kapitalgesellschaftsrechts stellt eine Sacheinlage unter der Rechtsbedingung der Eintragung der Kapitalgesellschaft keinen bedingten und daher unzulässigen Beitritt des Inferrenten dar (13). Bei

(11) vgl. S. 62 ff. dieser Arbeit

(12) Hachenburg-Schilling, § 11 Anm. 4 und 1; v. Godin-Wilhelmi nicht expressis verbis, aber eindeutig, nach § 30 Anm. 23 und § 34, Zusatz zu Anm. 2-10; Würdinger, AktR, S. 107; Pleyer, GmbHR 1959/94; KG, DR 1941/1087 (für die Einlage eines GmbH-Anteils bei Gründung einer GmbH); in Urt. v. 13.6.1958, BB 1958/1035 = GmbHR 59/94 nimmt der BGH im Falle einer Kapitalerhöhung Übereignung der Sacheinlagegegenstände unter der Rechtsbedingung der Eintragung an (dagegen Pleyer, a.a.O.; zustimmend - auch für den Fall der Gründung - Scholz, § 7 Anm. 11).

(13) Feine, S. 180; Scholz, § 3 Anm. 10

Personalgesellschaften wird ein bedingter Mitgliedschaftserwerb allgemein als zulässig anerkannt (14). Der Anteil verbleibt bis zur Eintragung beim Inferrenten. Bis zur Eintragung ist nur er Mitberechtigter zur gesamten Hand, und nur er übt die Mitverwaltungsrechte aus. Der Geschäftsführer der Vorgesellschaft hat noch keine Geschäftsführungsbefugnis bei der Personalgesellschaft (sofern sie der Inferrent hatte), noch keine Stimmrechte usw. Auch haftet bis zur Eintragung noch der Inferrent und nicht die Vorgesellschaft für die Gesellschaftsverbindlichkeiten der Personalgesellschaft gem. § 128 HGB. Werden die Anteile auf diese Weise nicht zum Gesamthandseigentum der Vorgesellschaft, so sind sie sacheinlagefähig (15).

Nach überwiegender Ansicht wird jedoch an den vor Eintragung der Kapitalgesellschaft geleisteten Sacheinlagen ein Gesamthandseigentum der Vorgesellschaft begründet (16).

(14) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 130 Anm.4; Weipert in RGRK HGB, § 130 Anm.3

(15) Im Falle der so bedingten Einlage in eine GmbH wird man annehmen müssen, daß die Anteile insofern zur Verfügung der Geschäftsführer stehen, als sie vom Inferrenten nicht noch einmal an Dritte übertragen werden können und so der durch § 7 Abs.2 GmbHG beabsichtigte Schutz doch erreicht ist. Denn es gibt keinen gutgläubigen Erwerb von Personalgesellschaftsanteilen (vgl. Kaiser, Diss., S.182 mit Lit.). Übergebene körperliche Sachen werden dagegen - obwohl auch nur bedingt übereignet - vom Geschäftsführer verwaltet, ein Handelsgeschäft z.B. fortgeführt.

(16) Feine, S.203; Gadow in Großkomm., § 28 Anm.14 (Übereignung an die Gründergesellschaft); Dregger, Haftungsverhältnisse, S.72 und 75; Fischer in Großkomm., § 28 Anm.16 und 18 (Übereignung an die Gesamtheit der Gründer); Georgakopoulos, S.150 (die Lit.Angaben hierzu sind allerdings fast ausnahmslos unzutreffend); vgl. auch RGZ 87/246 (249); BGH Urt. v. 29.10.1952, LM zu § 11 GmbHG Nr.1 = GmbHR 1953/10 (mit Anm.von Schneider): Gesamthandseigentum an einem Bankkonto auf den Namen einer Vorgesellschaft zwischen den Gründern und einem Dritten, der durch einen lediglich schriftlichen Vertrag der Vorgesellschaft beigetreten war und Zahlungen auf ihr Konto geleistet hatte. Der BGH wendet die Grundsätze über die faktische Gesellschaft an. Vgl. BGH Urt. v. 12.5.1954, Bd.13/320 (322) bezügl. einer Vor-GmbH, die "die Parteien auch im Innenverhältnis vollzogen haben, da sie unstreitig ihre Einlagen geleistet und auf diese Weise Gesamthandsvermögen gebildet haben. Auch hier wendet der BGH die Grundsätze über die faktische Ge-

Ist ein Personalgesellschaftsanteil Gegenstand der Sacheinlage, so wird die Vorgesellschaft dadurch Gesellschafterin bei der Personalgesellschaft. Die Frage nach der Zulässigkeit dieser Rechtsgestaltung ist aufgeworfen. Um sie zu beantworten, scheint es am nächstliegenden zu sein, die Rechtsform der Vorgesellschaft zu bestimmen. Denn es besteht nahezu Einigkeit darüber, in welcher Rechtsform Personenvereinigungen organisiert sein müssen, um an Personalhandelsgesellschaften teilnehmen zu können. So ist es Personalgesellschaften des Handelsrechts nach überwiegender Ansicht ihrerseits gestattet, an Personalhandelsgesellschaften beteiligt zu sein (17), während sich nach ebenso überwiegender Ansicht Gesellschaften bürgerlichen Rechts und nicht-rechtsfähige Vereine nicht an einer Personalhandelsgesellschaft beteiligen können (18).

Es besteht jedoch alles andere als Einigkeit über die Rechtsnatur der Vorgesellschaften. Zum Teil werden sie als Gesellschaften bürgerlichen Rechts

sellschaft an; vgl. auch Reinicke, Diss., S.36 u. 38.

Die Frage, ob für die Vorgesellschaft Gesamthandseigentum entsteht oder ob Sacheinlagen unter der Rechtsbedingung der Eintragung geleistet werden, gewinnt Bedeutung, wenn es nicht zur Eintragung der Kapitalgesellschaft kommt. Im letzteren Falle können die Gegenstände in Natur und mit der Eigentumsklage, § 985 BGB, von den Geschäftsführern zurückverlangt werden. Aber auch im ersteren Falle bedarf es nicht notwendig einer Auseinandersetzung. Kommt es nicht zur Eintragung, so ist die Rückgabe in Natur aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Wegfalls des Rechtsgrundes gegeben (vgl. auch Pleyer, GmbHR 1959/95). Wer die Konkursfähigkeit einer Vorgesellschaft anerkennt (vgl. Anm.24, S. dieser Arbeit), wird ihr wohl ein Gesamthandsvermögen zusprechen müssen.

- (17) so die ganz überwiegende Literatur, vgl. Baumbach-Duden, § 105 Anm. 1 C; Hueck, RdOHG, S.17; Weipert in RGRK HGB, § 105 Anm.26; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm.27 mit jeweils weiteren Nachweisen und die neuere Rechtsprechung LG Göttingen, Beschl.v.28.4.1949, NJW 1949/789; OLG Stuttgart, Beschl.v. 10.12.1943, DR 1944/575; a.A. insbesondere die ältere Rechtsprechung: KG, DNotZ 1929/341; OLG Stuttgart, OLGR 24 (1912), 170.
- (18) Baumbach-Duden, § 105 Anm.1 D; Hueck, RdOHG, S.18; Weipert in RGRK HGB, § 105 Anm.28; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm.27; RG, DR 1943/1228, Nr.6 und BGHZ 22/192 (für Erbengemeinschaft).

qualifiziert (19). Nach Ansicht anderer sind sie nichtrechtsfähige Vereine (20). Eine dritte heute überwiegende Ansicht sieht in den Vorgesellschaften eine Vorform der noch nicht eingetragenen Kapitalgesellschaft, die einem Sonderrecht untersteht, d.h. nach dem Recht der in Aussicht genommenen Kapitalgesellschaftsform zu beurteilen ist, abzüglich derjenigen Eigenschaften, die durch die Eintragung - also durch den Erwerb der Rechtsfähigkeit - vermittelt werden (21).

Für die im Rahmen dieser Umwandlungskonstruktion entstehende Vorgesellschaft stellt sich daher die Frage, ob sie in ihrer unterschiedlich beurteilten rechtlichen Gestalt - als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als nichtrechtsfähiger Verein, als noch nicht eingetragene GmbH bzw. AG - an der umzuwandelnden Personalgesellschaft beteiligt sein kann (22).

-
- (19) so das RG in ständiger Rspr., vgl. 82/288 (290); 83/370 (373); 105/228 (229); 143/368 (372); 144/348 (356); 151/86 (91); und von der neueren Lit. Scholz, § 2 Anm.12; v. Godin-Wilhelmi, § 22 Anm.9; Teichmann-Koehler, § 16 Anm.2a und § 34 Anm.4; Baur, DRZ 1950/10 (für Vor-GmbH); OLG Tübingen, DRZ 1950/18
- (20) Aus der neueren Lit. vgl. Baur, DRZ 1950/10 (für Vor-AG); Bayer, JZ 1952/551 (552); Haupt-Reinhardt, GR, S.117; Baumbach-Hueck, Überblick, II A vor § 1 GmbHG und § 22 Anm.2; Hueck, GR, S.118; Gierke, HR, S.275; Haberkorn, BB 1962/1408
- (21) BGH Urt. v. 23.4.1956, Bd.20/281 = NJW 1956/946 für die Genossenschaft; BGH Urt. v. 12.7.1956, Bd.21/242 = NJW 56/1435 für die GmbH; BGH Urt. v. 13.7.1961 = BB 1961/880 für die AG; BAG Urt. v. 8.11.1962, NJW 1963/680; BSG Urt.v.30.3.1962, NJW 1962/1539; Feine, S.201; Schreiber, S.64; Dregger, Haftungsverhältnisse, S.69 ff., 74, 95; Paul, NJW 1947, 48/419; Hachenburg-Schilling, § 11 Anm.2; Ganßmüller, GmbHR 1953/117 sowie 1955/210 und 1963/101 ff., ebenfalls NJW 1956/1186; Fischer in Großkomm., § 22 Anm.4; Staudinger-Keßler, Vorbem.50 vor §§ 705 ff.; Baumbach-Duden, § 105 Anm.2 C.
- (22) Die Frage beschränkt sich darauf, ob die Vorgesellschaft als sog. echte Vorgesellschaft, d.h. als solche, die vor der Eintragung die werbende Tätigkeit der späteren rechtsfähigen Kapitalgesellschaft noch nicht aufgenommen hat, beteiligt sein kann. Hat eine Vorgesellschaft ihre werbende Tätigkeit vor der Eintragung bereits aufgenommen - was in den Fällen einer originären Gründung oder bei Einlage eines Handelsgeschäfts im Wege der Singularsukzession überwiegend vorkommt und vom Steuerrecht als Regelfall angesehen wird, - so bezeichnet man sie als unechte Vorge-

Wer sich den Streit über die Rechtsnatur der Vorgesellschaften vor Augen hält, wird einer Argumentation, die aus der unterschiedlich beurteilten rechtlichen Gestalt der Vorgesellschaft die Entscheidung über die Sacheinlagefähigkeit eines OHG-Anteiles ableiten will, nicht viel Überzeugungskraft abgewinnen können. Denn vielfach werden die rechtlichen Qualifizierungen aus anderen

sellschaft. Während man sich über die zwangsweise Einordnung der unechten Vorgesellschaft unter das Recht der offenen Handelsgesellschaft einig ist, sobald die Absicht der Eintragung aufgegeben wird, vgl. Heymann, Jher.Jahrb. 75/408 (422); Feine, S.195; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 105 Anm.18; Merkert, BB 1951/322; Otto, BB 1954/572 (73); Schulze-v.Lasaulx, JZ 1952/390 (92); Ganßmüller, GmbHR 1952/185; Scholz, § 11 Anm.13; BGH Urt. v. 23.4.1956, Bd.20/281 (Mißbrauch der Vorgesellschaftsform); ebenso Fischer in Großkomm. § 22 Anm.5, besteht lebhafter Streit darüber, ob die für die offenen Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften in Anbetracht der werbenden Tätigkeit auch dann Anwendung finden sollen, wenn die Eintragung der Kapitalgesellschaft zielstrebig verfolgt wird. Im einzelnen bestehen recht differenzierte Ansichten, vgl. insbesondere Baur, DRZ 1950/9 ff.; Merkert, BB 1951/322; Schulze-v.Lasaulx, JZ 1952/390 ff.; Ganßmüller, GmbHR 1953/116 ff.; Otto, BB 1954/572 ff.; vgl. auch Hachenburg-Schilling, § 11 Anm.15 mit Judikatur; BGHZ 20/281.

Für die vorliegende Umwandlungskonstruktion scheidet die Annahme einer unechten Vorgesellschaft von vornherein aus. Denn die im Rahmen dieser Umwandlungskonstruktion entstehende Vorgesellschaft übt, auch wenn sie alle Anteile bis auf einen an der umzuwandelnden Personalgesellschaft innehat, keine werbende Tätigkeit in dem Sinne aus, daß die Anwendung der OHG-Regeln auf sie zulässig wäre und man daraus ihre Fähigkeit zur Teilhaberschaft bei der umzuwandelnden Gesellschaft ableiten könnte. Denn eine Personenvereinigung kann nur dann OHG sein, wenn sie eine gewerbliche Tätigkeit unter einer gemeinschaftlichen Firma im eigenen Namen ausübt, vgl. Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 105 Anm.6. Ihr Zweck als umschlossene (beteiligte) Gesellschaft darf sich nicht in der Gesellschafterrolle bei einer umschließenden Personalgesellschaft erschöpfen, vgl. Eltzbacher, ZHR 45/57; Kölling, Diss., S.17. Im vorliegenden Umwandlungsfalle soll das Unternehmen jedoch gerade noch von der Personalgesellschaft geführt werden, damit die Vorgesellschaft Mitglied bei ihr sein kann. Es soll nicht von und namens der Vorgesellschaft betrieben werden. Insofern kann diese weder OHG sein noch als solche behandelt werden.

Merkmale als solchen abgeleitet, die für die hier interessierende Frage nach der Fähigkeit, an einer Personalhandelsgesellschaft beteiligt zu sein, von Bedeutung sind.

Geht man von jenem Grundsatz aus, daß nur Personenvereinigungen, die als Einheit nach außen hin auftreten können, fähig sind, Gesellschafter einer Personalhandelsgesellschaft zu sein (23), dann ist es der echten Vorgesellschaft in jeder Form verwehrt, als Personalgesellschaft aufzutreten. Das gilt von der noch nicht eingetragenen GmbH bzw. AG, die einem Sonderrecht untersteht, in gleicher Weise wie für die Vorgesellschaft, welche als nichtrechtsfähiger Verein und erst recht für jene, welche als Gesellschaft bürgerlichen Rechts angesehen wird. Die noch nicht eingetragene GmbH bzw. AG ist nicht weitergehend als Einheit organisiert als ein nichtrechtsfähiger Verein. Sie vermag wie dieser - und im Gegensatz zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - unter einem einheitlichen Namen, nämlich der zukünftigen Firma der Kapitalgesellschaft, aufzutreten. Sie ist nach überwiegender Ansicht wie dieser - ebenfalls im Gegensatz zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - passiv partei- und konkursfähig (24). Doch sind ihre Schulden - genau wie die eines nichtrechtsfähigen Vereins oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - Schulden der Mitglieder. Die sich daraus ergebenden, über die verschiedenen Qualifizierungen der Vorgesellschaft hinwegreichenden und im wesentlichen gleichen Haftungsregeln bei der Vorgesellschaft sind es, die ihre Beteiligung an der umzuwandelnden Personalgesellschaft unzulässig machen.

Ungeachtet der unterschiedlichen Rechtsnatur, die den Vorgesellschaften zugesprochen wird, haften die Gesellschafter einer echten Vorgesellschaft für deren Verbindlichkeiten nach ganz überwiegender Meinung unter Beschränkung auf ihre Anteile am Gesellschaftsvermögen (25). Und diese Haftungsbeschrän-

(23) Wieland, HR I, S.830; Hueck, RdOHG, S.14; Kölling, Diss., S.14

(24) Für die Vorgesellschaft, die einem Sonderrecht untersteht, bejahend: Feine, S.202; Dregger, Haftungsverhältnisse, S.79; Ganßmüller, GmbHR 1953/117 und 1955/210; Fischer in Großkomm., § 22 Anm.8; BAG, NJW 1963/680; verneinend: Schreiber, S.67 und 76; Hachenburg-Schilling, § 11 Anm.7. Für nichtrechtsfähigen Verein: Baumbach-Hueck, AktG, § 22 Anm.2. Ablehnend für Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Baur, DRZ 1950/9 ff.

(25) Für Vorgesellschaft, die einem Sonderrecht untersteht, vgl. Fischer in Großkomm., § 22 Anm.10; Feine, S.205, 206; Dregger, Haftungsverhältnisse, S.78; Ganßmüller, NJW 1956/1187 und DB 1955/715; einschränkend BGH LM, § 34 AktG Nr.2 = BB 1961/880; verneinend: Hachenburg-

kung wird übereinstimmend und ebenso unabhängig davon, ob man die Vorgesellschaft als noch nicht eingetragene GmbH bzw. AG, als nichtrechtsfähigen Verein oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ansieht, dadurch erreicht, daß die für die Vorgesellschaft handelnden Personen nur Vertretungsmacht haben, die Vorgesellschafter mit ihren Anteilen am Gesellschaftsvermögen zu verhaften. Wer unmittelbar mit einer Vorgesellschaft in Geschäftsverkehr tritt, wird in erster Linie durch die unbeschränkte persönliche Haftung der für sie handelnden Personen geschützt. Sowohl den Kreis der handelnden Personen als auch den Tatbestand des Handelns haben Rechtsprechung und Lehre weit ausgedehnt. Handelnder ist auch, wer dem Handeln eines anderen (meist des Geschäftsführers der Vor- und zukünftigen Kapitalgesellschaft) vorher zustimmt, wobei generelle, nicht für ein konkretes Geschäft erteilte Zustimmung, etwa zur Aufnahme werbender Tätigkeit, genügt (26). Diese Zustimmung kann auch konkludent erteilt werden. Auf diese Weise werden die Vorgesellschafter über §§ 11 Abs.2 GmbHG, 34 Abs.1 Satz 2 AktG weitgehend zur unbeschränkten Haftung herangezogen.

Diese im Grundsätzlichen anerkannten, wenn auch im einzelnen umstrittenen Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft können im Falle ihrer Teilnahme an einer Personalhandelsgesellschaft nicht zur Geltung gebracht werden.

Schilling, § 11 Anm.9, wonach die Gründer überhaupt nicht haften; im Ergebnis ebenso Würdinger, AktR, S.108.

Für Vorgesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, vgl. Geiler in Düringer-Hachenburg II,1, Anhang, Anm.368b; Gadow, Jher.Jahrb. 87/249, 50; Teichmann-Koehler, § 34 Anm.4; RGZ 143/368 (372); verneinend Scholz, § 11 Anm.6, wonach die Gesellschafter unbeschränkt haften. (26) so das RG in st.Rspr. 55/302 (303); 70/296 (301); BGH Urt. v. 15.6.1955, NJW 1955/118 = MDR 1955/726 (mit ablehnender Anm. von Schultze-v.Lasaulx) = JZ 1955/614 (mit zustimmender Anm. von Schilling); wiederholend BGH Urt. v. 8.7.1957, WM 1957/964; BGH Urt. v. 27.2.1961, NJW 1961/1016 (insbesondere, wer den Anstoß zum Handeln gegeben hat); Baumbach-Hueck, GmbHG § 11 Anm.3 A und AktG, § 34 Anm.2 C; Hachenburg-Schilling, § 11 Anm.11; Feine, S.205; Teichmann-Koehler, § 34 Anm.4; Otto, BB 1954/572.

Nur die Handelnden sollen haften nach Schultze-v.Lasaulx, JZ 1952/392 und MDR 1955/729; Ganßmüller, DB 1955/715 und GmbHR 1955/228; Scholz, § 11 Anm.3 und GmbHR 1956/5; Ritter, § 34 Anm.4 c. Vermittelnd Fischer in Großkomm., § 34 Anm.22; Dregger, GmbHR 1952/185; Schlegelberger Quassowski, § 34 Anm.6.

Zwar ist die Vorstellung, daß die Vorgesellschaft als nichtrechtsfähige Personenvereinigung nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet und daß diese Haftung eine unbeschränkte i.S. des § 128 HGB insofern ist, als das gesamte Gesellschaftsvermögen der Haftung unterliegt, noch vollziehbar. Man könnte gerade daraus, daß man die Vorgesellschaft einem Sonderrecht unterstellt, daß sie bereits unter der zukünftigen Firma auftreten kann und daß ihr passive Parteifähigkeit und Konkursfähigkeit zukommt, folgern, daß sie auch als persönliche Schuldnerin gem. § 128 HGB von den Gläubigern der umzuwandelnden Gesellschaft in Anspruch genommen werden könnte. Doch ist schon außerhalb einer Umgründung - wenn etwa ein einzelner OHG-Anteil Gegenstand der Sacheinlage ist - das Vorgesellschaftsvermögen - anders als nach Eintragung das Stamm- oder Grundkapital der rechtsfähigen Kapitalgesellschaft - für die Gläubiger der umschließenden Personalgesellschaft nicht abschätzbar, erst recht nicht als Garantiekapital vorhanden. Die Vorgesellschafter selbst sind mangels Eintragung meist nicht bekannt. Im Falle der Umgründung besteht das Vorgesellschaftsvermögen jedoch nur oder ganz überwiegend aus Anteilen an der unzuwandelnden OHG oder KG. Die unbeschränkte persönliche Haftung der Vorgesellschaft nach § 128 HGB würde daher der Haftung dieser OHG oder KG mit ihrem Gesellschaftsvermögen keine weiteren haftenden Vermögenswerte hinzufügen. Unbeschränkt - nämlich über ihre Anteile am Gesellschaftsvermögen der Vorgesellschaft hinaus - haften die Vorgesellschafter jedoch in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Vorgesellschaft nicht. In der Eigenschaft als Handelnde jedoch ebensowenig. Denn gegenüber den Gläubigern der umschließenden Personalgesellschaft wird nur im Namen dieser Personalgesellschaft gehandelt. Ein Handelnder i.S. der §§ 34 Abs. 1 Satz 2 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG, dessen unbeschränkte Haftung gegenüber den Gläubigern der umschließenden Personalgesellschaft neben die Haftung der Vorgesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen treten würde, ist nicht vorhanden.

Fehlt ein Handeln für die Vorgesellschaft, so fehlt im übrigen auch die dogmatische Grundlage für die Beschränkung der Mitgliederhaftung auf die Anteile am Vorgesellschaftsvermögen. Denn diese knüpft an ein - hier gerade nicht gegebenes - Handeln für die Vorgesellschaft an.

Es zeigt sich, daß im Falle einer Beteiligung die Haftungsregeln der umschließenden Personalgesellschaft und die der umschlossenen Personalgesellschaft einander unvereinbar gegenüberstehen würde. Insofern wird man die Anteile an der Personalgesellschaft nicht für sacheinlagefähig halten können.

c) Folgerungen für die Umwandlungskonstruktion

Die einleitende Anteilsübertragung wirft keine Schwierigkeiten auf, wenn es sich um die Umwandlung in eine AG handelt und die Anteile erst nach ihrer Eintragung an sie abgetreten werden. Das gleiche gilt, wenn die Anteile zwar vor der Eintragung abgetreten werden, dies jedoch unter der Rechtsbedingung der Eintragung geschieht. Dagegen entstehen durch die Umwandlungskonstruktion schon mit der einleitenden Anteilsübertragung erhebliche dogmatische Schwierigkeiten, wenn die Anteile vor der Eintragung an die Vorgesellschaft zu Gesamthandseigentum abgetreten werden. Freilich ist nicht zu verkennen, daß sich daraus im Regelfall nicht in gleicher Weise Schwierigkeiten für die praktische Rechtsanwendung ergeben. Denn solange die Übertragung eines Anteils nicht im Handelsregister eingetragen ist, haftet der Veräußerer gutgläubigen Dritten nach § 15 HGB auch für die nach der Übertragung begründeten Verbindlichkeiten persönlich. Da die Übertragung an die Vorgesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen wird oder sonst mitgeteilt zu werden pflegt, sondern die Kapitalgesellschaft erst nach ihrer Eintragung im Handelsregister B auch als Gesellschafterin der Personalgesellschaft im Handelsregister A erscheint (sofern nicht überhaupt die Löschung der Personalgesellschaft nach der noch anschließend vollzogenen Geschäftsübernahme die erste Eintragung im Verlauf der Umwandlung im Handelsregister A ist), haften die Einleger von Anteilen regelmäßig noch bis zur Eintragung der Kapitalgesellschaft persönlich. Die Haftungsverhältnisse der Vorgesellschaft beanspruchen dann keine Geltung. Ebenso wenig in den Fällen, in denen die Anteilsübertragung an die Vorgesellschaft den Gläubigern der umzuwandelnden Gesellschaft bekannt war und die Kapitalgesellschaft eingetragen worden ist. Dann haftet die eingetragene Kapitalgesellschaft mit ihrem Stamm- oder Grundkapital.

Kommt es jedoch nicht zur Eintragung der Kapitalgesellschaft und greift § 15 HGB nicht ein, dann würde - die Beteiligung der Vorgesellschaft unterstellt - für die seit Abtretung der Anteile an die Vorgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten nur der letzte Gesellschafter unbeschränkt persönlich haften, da ja die unbeschränkte persönliche Haftung der Vorgesellschaft selbst gegenüber der Haftung der umschließenden umzuwandelnden Personalgesellschaft keinen realen Wert hat, wenn das Vorgesellschaftsvermögen nur aus den eingebrachten Anteilen an der umzuwandelnden Gesellschaft besteht.

3) Die abschließende Geschäftsübernahme

a) Geschäftsüberlassung als Gegenstand der Sacheinlage und ihr Verhältnis zur Anteilseinbringung

Die Einlage des letztverbleibenden Mitgesellschafters ist ebenfalls seine Mitberechtigung an der OHG oder KG. Nur nicht in Form der unmittelbaren Sacheinlage wie die Anteile. Vielmehr stellt die Aufgabe der Mitberechtigung an der Personalgesellschaft nach § 142 HGB zugunsten der beteiligten Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Anteilen an dieser eine Überlassung von Vermögensgegenständen unter Verrechnung der Vergütung (Abfindungsforderung) auf die Stammeinlage bzw. die Einlage auf das Grundkapital dar. Die Geschäftsübernahmevereinbarung gem. § 142 HGB erscheint als ein Übernahmeabkommen i.S. der §§ 5 Abs.4 GmbHG, 20 AktG, das der Sacheinlage gleichsteht. Doch ist die rechtsförmliche Verschiedenheit dieser Sacheinlage gegenüber der Anteilseinbringung erheblich. Sie muß auch im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommen. Der letztverbleibende Gesellschafter kann sich nicht ebenfalls zur Einlage seines Anteiles an der OHG in der Absicht verpflichten, sein Einlageversprechen im Wege einer Geschäftsüberlassung nach § 142 HGB zu erfüllen. Die Einlage sämtlicher Anteile wäre als Übertragung des Unternehmens im Wege der Singularsukzession zu werten (1).

Sowohl die Geschäftsübernahme gem. § 142 HGB, wodurch der Gegenstand der Übernahme bezeichnet wird, als auch die weitere Vereinbarung, wonach die Abfindungsforderung mit der Einlageschuld des Ausscheidenden verrechnet wird, ist in die Satzung aufzunehmen.

Die Vereinbarung der Geschäftsübernahme ist ein Vertrag zwischen Personalgesellschaftern. Insofern ist sie von der Festsetzung in der Satzung der Kapitalgesellschaft zu trennen. Vereinbarung und Festsetzung brauchen nicht zusammenzufallen. Die Vereinbarung der Geschäftsübernahme kann sowohl gleichzeitig mit der Gründungsvereinbarung, wonach die anderen Gesellschafter ihre Anteile einzulegen verpflichtet sind, getroffen werden als auch der Gründungsvereinbarung nachfolgen.

Heim und Lehmann (2) gehen wohl davon aus, daß das Übernahmeabkommen erst nach Errichtung der Kapitalgesellschaft (ob auch erst nach ihrer Eintragung, richtet sich nach dem Zeitpunkt, in dem Sacheinlagen zu erbringen sind) zwischen dieser und dem Ausscheidenden und dann mit unmittelbarer Wirkung für den Vereinbarungszeitpunkt getroffen wird. Das ist durchaus möglich. Es steht

(1) vgl. S. 60 dieser Arbeit

(2) Heim, BB 1947/325; Lehmann, GR, S.359

nicht entgegen, daß damit die Festsetzung dieses Abkommens im Gründungsvertrag erfolgt, obwohl seine Vereinbarung noch nicht rechtsverbindlich getroffen ist. Die Festsetzung kann nicht nur schon vorher getroffen werden, sie muß es sogar. Das folgt aus den §§ 5 Abs.4 GmbHG, 20 AktG. "Eine Sacheinlage oder Sachübernahme i.S. der genannten Vorschriften hat nicht zur Voraussetzung, daß bereits formgerechte und rechtsverbindliche Vereinbarungen getroffen sind. Es genügt, daß eine von den Beteiligten beabsichtigte Einbringung oder Übernahme von nicht in Geldbestehenden Vermögenswerten auf die zu gründende Aktiengesellschaft bereits dermaßen feste Gestalt angenommen hat, daß mit ihrer Verwirklichung bestimmt gerechnet werden kann" (3). Die Geschäftsübernahme, die bei Errichtung der Kapitalgesellschaft schon feste Gestalt angenommen hat, da ja die Umwandlungskonstruktion auf ihr beruht, kann daher bei Errichtung der Kapitalgesellschaft in der Satzung festgesetzt und danach vom Geschäftsführer - sei es der Vorgesellschaft oder der schon eingetragenen Gesellschaft - mit dem letztverbleibenden Mitgesellschafter vereinbart werden.

Näher liegt es jedoch, daß die festsetzungsbedürftige Geschäftsübernahme auch schon vor oder bei Festsetzung vereinbart ist oder wird. Dabei kann die zwischen dem letztverbleibenden Personalgesellschafter und der Kapitalgesellschaft zu treffende personalgesellschaftsvertragliche Übernahmevereinbarung gem. § 142 HGB sehr wohl in den kapitalgesellschaftsvertraglichen Gründungsvereinbarungen gefunden werden. Daß hier sowohl die Vereinbarung, wonach die Kapitalgesellschaft in die Personalgesellschaft eintritt (Verpflichtungen zur Einlage der Anteile) als auch jene, wonach sie das Unternehmen übernimmt (Verpflichtung zur Geschäftsüberlassung nach § 142 HGB), gleichzeitig erfolgen, ist kein Hindernis. Es ist anerkannten Rechts, daß eine natürliche oder juristische Person in eine Personalgesellschaft - sei es mit einem neuen Anteil oder als Rechtsnachfolger eines oder mehrerer Gesellschafter - eintreten und gleichzeitig vereinbaren kann, das Geschäft demnächst zu übernehmen. Nur die Geschäftsübernahme als solche, d.h. der Vollzug der Vereinbarung, kann mit Notwendigkeit erst nach Einlage der Anteile vorgenommen werden. Denn die Kapitalgesellschaft kann das Geschäft nicht übernehmen, bevor sie nicht Gesellschafterin war. Es muß ein wirklicher und ernstlicher Eintritt des Übernehmers gemeint sein (4). Ein solcher liegt nicht vor, wenn uno actu der Übernehmer eintritt und alle anderen Gesellschafter ausscheiden (5).

(3) RGZ 167/99 (108); ebenso RGZ 121/99 (102) und Fischer in Großkomm., § 20 Anm.25; v.Godin-Wilhelmi, § 20 Anm.II,1; Teichmann-Koehler, § 20 Anm.5

b) Folgerungen für die Umwandlungskonstruktion

Da bei Gründung einer GmbH Sacheinlagen bei der Anmeldung zur Eintragung zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen sollen, in der Geschäftsübernahme aber die Sacheinlage des Ausscheidenden liegt (6), so ist, wenn man tatsächlich einen Vollzug der Geschäftsübernahme vor Eintragung der GmbH für erforderlich hält, die GmbH in Wahrheit nicht Teilhaber der umzuwandelnden Personalgesellschaft gewesen.

Folgt man dabei der Auffassung, daß Sacheinlagen unter der Rechtsbedingung der Eintragung an die Kapitalgesellschaft geleistet werden, dann vollziehen sich Anteilserwerb und Geschäftsübernahme durch die Kapitalgesellschaft notwendig uno actu im Zeitpunkt der Eintragung und eine Teilhaberschaft der GmbH an der umzuwandelnden Personalgesellschaft hat schon begrifflich nicht vorgelegen. Der Sache nach handelt es sich um eine Einlage sämtlicher Personalgesellschaftsanteile in die GmbH. Eine solche ist unzulässig (7), es sei denn, man versuche sie gerade mit einer analogen Anwendung der §§ 142 HGB, 738 BGB zu rechtfertigen (8).

Aber auch wenn man die Ansicht vertritt, daß die Vorgesellschaft an den Anteilen Gesamthandseigentum erwirbt und ihre Beteiligung an der Personalgesellschaft aus praktischen Gründen - insbesondere im Hinblick auf § 15 HGB (9) - für zulässig hält, bleibt die Geschäftsübernahme nicht viel mehr als ein begrifflicher Vorgang. Einlage der Anteile, Teilhaberschaft bei der Personalgesellschaft und nachfolgender Vollzug der Geschäftsübernahme, etwa durch Erklärung des Geschäftsführers der Vorgesellschaft gegenüber dem Ausscheidenden, müssen innerhalb des Vorgesellschaftsstadiums vorgenommen werden. Es

(4) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 145 Anm.10

(5) Flechtheim, a.a.O.; vgl. auch Karl Lehmann in Festschrift für Cohn, S.410: bei § 25 HGB scheide eine Anwachsung notwendig aus, "weil Anwachsung ja doch wenigstens vorherige Teilhaberschaft dessen, dem anwächst, voraussetzt".

(6) Wenn eine Sacheinlage vorliegt, weil die Vergütung für überlassene Vermögensgegenstände auf die Stammeinlage verrechnet wird, dann sind diese Vermögensgegenstände zur Verfügung zu stellen, vgl. Hachenburg-Schilling, § 7 Anm.14; KG, HRR 1940, Nr.1126: "Beide Fälle werden in § 5 Abs.4 einander gleichgestellt und sind deshalb auch bei der Anwendung der §§ 7 Abs.2, 8 Abs.2 GmbHG gleich zu behandeln."

(7) vgl. S. 64 dieser Arbeit

(8) Tietze, Diss., S.57

(9) Näher S.134 dieser Arbeit

handelt sich dabei mehr um denkgesetzliche als reale Vorgänge. Auch hier bleibt für eine wirkliche Teilhaberschaft kein Raum. Das erweist auch die Berechnung der Abfindungsforderung. Sie wird aufgrund der gleichen Bilanz bestimmt werden müssen, die der Einbringung der Anteile zugrunde lag. Eine besondere Abschichtungsbilanz entspricht keineswegs den Intentionen der umzuwandelnden Gesellschafter. Sie wäre auch umständlich, kostspielig und wirtschaftlich überflüssig. Die Umwandlung durch vorbereitende Anteilseinbringung mit nachfolgender Geschäftsübernahme bleibt also der Konstruktion der gleichzeitigen Anteilseinbringung in diesem Falle allzu nahe, auch wenn sie sie gerade zu vermeiden sucht.

Nur dann hat eine wirkliche Teilhaberschaft der GmbH an der umzuwandelnden Personalgesellschaft vorgelegen, wenn die Geschäftsübernahme angemessene Zeit nach Eintragung der Kapitalgesellschaft erfolgen kann. Das wäre dann der Fall, wenn man die durch die Geschäftsübernahme zu leistende Sacheinlage des Ausscheidenden bereits dadurch zur freien Verfügung des Geschäftsführers gestellt ansieht, daß die Geschäftsübernahme bindend vereinbart ist und ihr Vollzug nur noch von der Erklärung des Geschäftsführers der GmbH abhängt.

Bei Umwandlung in eine AG kann die Geschäftsübernahme wie schon die Anteilsabtretung nach der Eintragung vorgenommen werden. In diesem Falle kann die AG durchaus angemessene Zeit Gesellschafterin bei der Personalgesellschaft sein, bevor sie das Geschäft nach § 142 HGB übernimmt.

In jedem Falle aber ist die Umwandlung noch nicht mit der Eintragung der Kapitalgesellschaft vollzogen. Das Unternehmen muß auch nach der Eintragung noch als Personalgesellschaft weiter betrieben werden. Es handelt sich nicht um eine Verzögerung der Einlageleistung, sondern um eine Verzögerung der Umwandlung selbst. Personal- und Kapitalgesellschaft müssen zunächst verschiedene Firmen führen, auch wenn die Kapitalgesellschaft im Ergebnis der Umwandlung die Firma der Personalgesellschaft fortführen soll. Sie können nicht nebeneinander in gleicher Weise firmieren, § 30 HGB. In der Eröffnungsbilanz der Kapitalgesellschaft kann noch nicht die Beteiligung des erst später Ausscheidenden erscheinen. Es müssen noch getrennte Bilanzen für die Personal- und die Kapitalgesellschaft aufgestellt werden, denn jede unterliegt den ihr eigenen Grundsätzen der Besteuerung usw.

Gegenüber diesen immerhin erheblichen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten weist die Umwandlungskonstruktion keine besonderen Vorteile auf. Zwar wird die Singularübertragung vermieden. Aber für die im Gesellschaftsvermögen enthaltenen Grundstücke ist gleichwohl Grunderwerbssteuer zu zahlen. Die Anteilsvereinigung in einer Hand ist ein Erwerbstatbestand i.S. des § 1 Ziff.3

GrEStG. Für die im Gesellschaftsvermögen enthaltenen beweglichen Sachen und Forderungen entfällt Umsatzsteuer nicht mehr nur im Rahmen dieser Umwandlungskonstruktion, die im wesentlichen gerade dafür konzipiert wurde (10).

II. Bargründung und Geschäftsübernahme

1) Grundzüge der Konstruktion

Die Schwierigkeiten, die sich aus einer Beteiligung der noch nicht eingetragenen Kapitalgesellschaft an der umzuwandelnden Personalgesellschaft ergeben, vermeidet eine weitere, ebenfalls auf dem Gedanken einer Geschäftsübernahme nach § 142 HGB aufbauende Umwandlungskonstruktion.

Die Gesellschafter der umzuwandelnden Personalgesellschaft gründen eine GmbH oder AG, wobei sie nur 25% auf die Stammanteile oder Aktien einzahlen. Daraufhin wird die Kapitalgesellschaft eingetragen. Nunmehr tritt sie als Gesellschafterin in die Personalgesellschaft ein. Sie tritt als weiterer Gesellschafter neben die vorhandenen. Diese scheiden mit der Vereinbarung aus, daß die Kapitalgesellschaft das ganze Geschäftsvermögen übernimmt. Dieses geht dadurch im Wege der Anwachsung ohne besondere Übertragung auf die Kapitalgesellschaft über (1). Mit den Abfindungsforderungen, die die Gesellschafter für die Aufgabe ihrer Anteile an der Personalgesellschaft erhalten, zahlen sie die fehlenden 75% ihrer Geschäftsanteile oder Aktien ein (2). Wie die unter I. erwähnte Konstruktion erspart auch dieser Weg jede Übertragung des Unternehmens, insbesondere jede Auflassung von Unternehmensgrundstücken.

Diese Konstruktion geht von der in Literatur und Rechtsprechung gesicherten Erkenntnis aus, daß eine bereits eingetragene Kapitalgesellschaft Mitglied einer Personalhandelsgesellschaft sein kann. Aus diesem Grunde wird die Einlage eines jeden Gesellschafters, der zugleich Mitglied der Personal- und Kapitalgesellschaft ist, als Bareinlage versprochen, zu 25% geleistet und so die Eintragung herbeigeführt. Außerdem wird eine sukzessive Unternehmensübertragung - durch einleitende Anteilsübertragung und vollendende Geschäftsübernahme - überflüssig. Der Eintritt der Kapitalgesellschaft in die Personal-

(10) Zur Besteuerung des ganzen Vorganges vgl. Heim, BB 1947/327

(1) Der Rechtsgedanke des § 142 HGB findet nach ganz h.L. sowohl auf eine vertragsmäßige Übernahme als auch auf mehrgliedrige Gesellschaften Anwendung, vgl. Weipert in RGRK HGB, § 142 Anm. 2 und 22.

(2) Hueck, StuW 1953/Sp. 321

gesellschaft braucht nicht durch Erwerb eines Anteils zu erfolgen. Nicht diese sind Gegenstand der Einlage. Die Kapitalgesellschaft braucht bei ihrem Eintritt keine Einlage an die Personalgesellschaft zu leisten. Sie kann ohne Kapitalanteil an ihr beteiligt sein (3).

Diese Konstruktion ist in der Praxis ebenfalls unüblich. Bevor auf ihre Einzelheiten eingegangen wird, ist auch hier einer Verwechslung vorzubeugen. Es ist ebenso gut möglich, daß die Kapitalgesellschaft im Wege einer volleingezahlten Bargründung in Höhe des Mindeststamm- oder -grundkapitals zur Eintragung gebracht wird, alsdann in die Personalgesellschaft eintritt, nunmehr ihr Kapital durch Beschluß erhöht, auf das erhöhte Kapital das Personalgesellschaftsunternehmen als Sacheinlage nach § 142 HGB übernimmt und die Abfindungsforderungen der ausscheidenden Gesellschafter mit deren durch die Kapitalerhöhung begründeten weiteren Einlageschulden entsprechend vorheriger Festsetzung verrechnet. Das sind keine Besonderheiten (4).

Anders die eingangs dargestellte Konstruktion. Sie wirft erhebliche Schwierigkeiten auf.

-
- (3) Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Personalhandelsgesellschaft kann auch ohne irgendeine Einlage erfolgen. Der Kapitalanteil dieses Gesellschafters beträgt 0. Mitgliedschaft ohne Kapitalbeteiligung ist zulässig, vgl. Hueck, RdOHG, S.289 und Anm.15 dort, v.Godin, JR 1948/65. Nichtsdestoweniger wächst dem Eintretenden ein Anteil am Gesellschaftsvermögen an, vgl. Hueck, RdOHG, S.286, weil er Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft geworden ist und durch diese Mitträgerschaft der Gemeinschaftssphäre die Berechtigung der Mitteilhaber einschränkt. Er wird mitverfügungs- und entscheidungsberechtigt über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens. Der Eintritt einer GmbH in eine Personalgesellschaft mit dem Kapitalanteil 0 kommt bei der Entstehung einer GmbH & Co vor, vgl. Heselmann, S.98, Henninger, GmbHR 1959/138.
- (4) Welche von beiden Möglichkeiten empfohlen wird, kommt bei Baumbach-Hueck, AktG, § 257 Vorbem.3 bzw. GmbHG, Anh.81, Bem.3 D, nicht zum Ausdruck: "Die Einzelübertragung läßt sich allerdings dann vermeiden, wenn die Gründung der Kapitalgesellschaft als Bargründung erfolgt, diese als Gesellschafterin in die Personengesellschaft eintritt und dann unter Ausscheiden aller übrigen Gesellschafter das Unternehmen als Ganzes übernimmt, da nach h.L. Anwachsung ... usw. Die Gründung der AG muß auch hier nach den Gründungsvorschriften des AktR erfolgen, es müssen gegebenenfalls die Vorschriften über die Nachgründung berücksichtigt werden."

2) Keine Verrechnung zwischen Einlageschuld und Abfindungsforderung

Sedes materiae ihrer Konzeption ist, daß der Übergang des Unternehmens von der Personal- auf die Kapitalgesellschaft gerade nicht in Form einer als Sacheinlage begriffenen Übertragung erfolgt. Die Gründung der Kapitalgesellschaft ist eine Bargründung. Der Charakter der Bargründung darf durch die nachfolgende Geschäftsübernahme nicht verlorengehen. Aus diesem Grunde ist die naheliegende Verrechnung der Abfindungsforderungen gegen die noch ausstehenden Einlageschulden in Höhe von 75% unzulässig (1). Sie würde die Geschäftsübernahme zu einer Sacheinlage (Übernahmeabkommen mit Verrechnung der Vergütung auf die Einlageforderungen) machen.

Das folgt für den Fall der Umwandlung in eine GmbH aus § 19 Abs.3 GmbHG. Die Geschäftsübernahme stellt eine Überlassung von Vermögensgegenständen seitens des Ausscheidenden an die Kapitalgesellschaft dar. Daß diese Geschäftsübernahme erst nach Eintragung der Kapitalgesellschaft vereinbart und der Vermögensgegenstand (die Mitberechtigung) erst nach Eintragung überlassen wird, nimmt ihr nicht den Charakter einer Sacheinlage. Zwar will die Vorschrift des § 19 Abs.3 in erster Linie einen anderen Tatbestand treffen. Übernahmeabkommen (ohne Verrechnungsabrede) sind im GmbHR anders als im AktR auch ohne Festsetzung wirksam (2). Eine Verrechnung soll daher nicht unter Mißbrauch dieser Rechtsfigur, also ohne Festsetzung in der Satzung dadurch erreicht werden können, daß Vergütung und Einlageschuld nachträglich - ohne daß dies vorher förmlich vereinbart wurde - gegeneinander aufgerechnet werden. Insofern ist § 19 Abs.3 GmbHG die Ergänzung zu § 5 Abs.4 GmbHG (3). Doch muß § 19 Abs.3 GmbHG auch für die Fälle gelten, in denen nicht nur die Vergütung aus einem vorher geschlossenen

(1) Vgl. Hachenburg-Schilling, § 19 Anm.15: "Durch eine Aufrechnung darf der Charakter der Einlage als Geldeinlage nicht geändert werden."

(2) Das GmbHG unterscheidet in § 5 Abs.4 zwar im Gegensatz zum AktR zwischen Sachübernahmen, deren Vergütung auf die Stammeinlage angerechnet werden soll und Sachübernahmen ohne Verrechnungsabrede, BGH, NJW 59/384. Die Übernahme mit Verrechnungsabrede, von der § 5 Abs.4 spricht, ist jedoch der Sache nach - und zwar nach ganz einheitlicher Ansicht - Sacheinlage. Dagegen wird unter einem Übernahmeabkommen im Gegensatz zum Sacheinlageabkommen im Aktien- und GmbH-Recht übereinstimmend ein solcher Erwerb von Sachen durch die Kapitalgesellschaft verstanden, bei dem das von der Kapitalgesellschaft zu zahlende Entgelt gerade nicht mit der Einlageschuld verrechnet werden soll.

(3) vgl. Baumbach-Hueck, GmbHG, § 19 Anm.6 B

Übernahmeabkommen nachträglich gegen die Einlageschuld aufgerechnet wird, sondern auch für jene, in denen das ganze Übernahmeabkommen erst nachträglich vereinbart und eine Verrechnung vorgenommen wird (4). Im Grundsätzlichen besteht darüber Einigkeit. Einen solchen Fall stellt die vorliegende Geschäftsübernahme dar. Unterschiedliche Auffassungen bestehen in der Begründung und der Grenzziehung im einzelnen. Nach der Rechtsprechung des RG soll § 19 Abs.3 sinngemäß für jede Aufrechnung der Stammeinlageforderung gegen Vergütungen aus späteren Erwerbsgeschäften gelten (5). Da die Geschäftsübernahme eine Überlassung von Vermögensgegenständen seitens des Ausscheidenden darstellt, handelt es sich um ein solches späteres Erwerbsgeschäft, und eine Aufrechnung mit der Abfindungsforderung gegen die Einlageforderung ist unzulässig. Zwar hat die Rechtsprechung des RG Kritik erfahren. Sie geht in der Tat nach der einen Seite zu weit - eine Aufrechnung der Einlageschuld gegen die Vergütung aus einem nachträglich vorgenommenen Erwerbsgeschäft kann durchaus sinnvoll und geboten sein (6) - nach der anderen erfaßt sie die Aufrechnung nachträglich begründeter Forderungen, die nicht aus der Überlassung von Vermögensgegenständen herrühren, nicht (7). Doch berührt diese Kritik (8) nicht den vorliegenden Sachverhalt. Auch wenn man ihr folgt, bleibt das Ergebnis das gleiche.

Danach soll eine Aufrechnung nur dann unzulässig sein, wenn sie in der Absicht der Umgehung des § 5 Abs.4 GmbHG getroffen wurde (9). Die Umgehungabsicht wird insbesondere dann angenommen, wenn der wirtschaftliche Zweck nicht nur die Überlassung von Gegenständen ist (10), sondern auch oder

-
- (4) vgl. Scholz, § 19 Anm.18: "Im Aktienrecht würde man in diesen Fällen von Nachgründung sprechen; an Stelle des § 45 Aktiengesetz steht der § 19 Abs.3 GmbHG".
- (5) RGZ 141/210
- (6) Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.49; Feine, S.302; vgl. auch Anm.10 unten
- (7) Insbesondere Boesebeck, JW 1938/1402
- (8) Häufig wird auch in der Lit. nicht ganz klar, ob der Meinung des RG zugestimmt oder eine in der Grenzziehung abweichende Auffassung vertreten wird, vgl. etwa Baumbach-Hueck, GmbHG, § 19 Anm.6 A.
- (9) Hachenburg-Schilling, § 19 Anm.16 a und § 5 Anm.49; Feine, S.298 (und Anm.20 dort) in Verbindung mit S.300 (und Anm.24 dort).
- (10) Typische Fälle, in denen eine Umgehungabsicht nicht vorzuliegen braucht und eine Aufrechnung daher wohl zulässig ist, sind solche, bei denen die GmbH im ordnungsmäßigengewöhnlichen Geschäftsgang Gegenstände, z.B. Rohmaterialien, von ihren Gesellschaftern statt von Dritten zu handels-

nur die Erbringung der Einlageverpflichtung, ihre Verrechnung und Tilgung (11). Ähnlich auch Boesebeck (12), wenn nicht die sinngemäße Anwendung des § 19 Abs.3 GmbHG auf spätere Erwerbsgeschäfte, sondern die Vorbeabsichtigung der Aufrechnung diese unzulässig machen soll.

Wird die Abfindungsforderung mit der Einlagenschuld verrechnet, so liegt der wirtschaftliche Zweck der Übernahme stets mindestens auch in der Erbringung der Einlageverpflichtung. Die Aufrechnung dürfte, sofern sie durchgeführt wird, stets auch vorbeabsichtigt sein. Es ist nicht vorstellbar, wie bei der vorliegenden Umwandlungskonstruktion nach vollzogener Verrechnung der Beweis zu erbringen wäre, daß eine Verrechnung ursprünglich nicht Sinn dieser Umwandlungskonstruktion gewesen sei. Insofern ist eine Verrechnung stets vorbeabsichtigt und daher unzulässig.

Besonderer Erwähnung bedarf noch der Fall, daß man in den Abfindungsforderungen entgegen der hier zugrunde gelegten Ansicht keine Vergütungen für die Überlassung von Vermögensgegenständen sieht, etwa deshalb, weil nach § 142 HGB nur die Gesamthandsberechtigung der Kapitalgesellschaft einschränkenden Mitberechtigungen der anderen Gesellschafter wegfallen, wodurch die Mitberechtigung der Kapitalgesellschaft im Wege der Anwachsung zur Alleinberechtigung erstarkt, ohne daß auf die Kapitalgesellschaft etwas übertragen würde, was sie nicht schon zuvor, wenn auch eingeschränkt durch die Mitberechtigungen der ausscheidenden Gesellschafter, gehabt hätte. Auch in diesem Falle würde eine Verrechnung unzulässig sein. Denn § 19 Abs.3 findet nicht nur Anwendung bei Aufrechnung mit Vergütungen aus nachträglich abgeschlossenen Übernahmeabkommen (Überlassung von Vermögensgegenständen

üblichen Bedingungen kauft, Feine, S.302; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm.49.

Zwar läßt auch der BGH, Bd.15/52 (60), eine Verrechnung der Einlageforderung mit einer Vergütung für überlassene Vermögensgegenstände zu. Während sie aber nach den hier Zitierten schon zulässig sein soll, wenn die Vergütungsforderung vollwertig und fällig ist und die Aufrechnung nicht von der Absicht der Umgehung des § 5 Abs.4 GmbHG getragen wird, läßt der BGH eine Aufrechnung der Einlageforderung gegen die Vergütungsforderung erst dann zu, wenn sich das Verbot zur Schädigung der Gesellschaft auswirken würde. Die Gesellschaft kann daher nur dann aufrechnen, wenn die Einlageforderung gefährdet oder gar uneinbringlich ist, etwa weil sich der Gesellschafter im Vermögensverfall befindet.

(11) Hachenburg-Schilling, § 19 Anm.21

(12) JW 1938/1402

den), sondern auch für die Aufrechnung mit sonstigen, nachträglich begründeten Forderungen, wenn sie in der Absicht der Verrechnung zur Entstehung gebracht wurden.

Dies widerspricht nur scheinbar dem Wortlaut des § 19 Abs.3, wonach Forderungen gegen die Gesellschaft, die nicht aus der Überlassung von Vermögensgegenständen herrühren, nach den allgemeinen Grundsätzen des § 19 Abs.2 aufgerechnet werden können. Die Unzulässigkeit der Aufrechnung folgt daraus, daß Forderungen gegen die Gesellschaft, gleichviel auf welchem Rechtsgrunde sie beruhen, Gegenstand der Sacheinbringung sein können und als solche stets in der Satzung festgestellt werden müssen. Bei wörtlicher Auslegung des § 19 Abs.3 bedürfte es einer solchen Festsetzung dann nicht, wenn die einzubringende Forderung erstens nicht aus der Überlassung von Vermögensgegenständen resultiert und zweitens ihre Einbringung statt durch Abtretung oder Erlaß im Wege der Aufrechnung erfolgt. Es ist indes kein Grund einzusehen, warum die Einbringung durch Aufrechnung anders behandelt werden soll als die, welche durch Abtretung an die Gesellschaft oder durch Erlaß ihr gegenüber vorgenommen wird. Auch wenn die Forderung im Wege der Aufrechnung eingebracht werden soll, bedarf es daher einer Festsetzung in der Satzung. Die Einbringung jedweder Forderung gegen die Gesellschaft ist also festsetzungsbedürftig. Gleiches gilt auch für jedwede nachträglich begründete Forderungen, wenn ihr Entstehen zum Zwecke der Verrechnung mit der Einlageforderung vorbeabsichtigt war. "Eine Aufrechnung ist in Ermangelung der Feststellung in der Satzung schlechthin ausgeschlossen, wenn sie vorabgesprochen oder vorbeabsichtigt war" (13).

Für das Aktienrecht gilt im Ergebnis genau das gleiche. Auch hier ist die Verrechnung der Einlageschuld mit der Vergütung für nachträglich überlassene Vermögensgegenstände unzulässig. Das ist in § 60 AktG nicht - wie in § 19 Abs.3 GmbHG - ausdrücklich ausgesprochen. Denn nach § 45 AktG bedürfen alle nachträglich abgeschlossenen Übernahmeabkommen, gleichviel ob die Vergütung auf die Einlage verrechnet werden soll (Sacheinlage) oder nicht, einer Eintragung in das Handelsregister. Bis dahin sind sie schwebend unwirksam, eine Verrechnung geht daher insoweit ins Leere. An einer Beachtung der Nachgründungsvorschriften fehlt es, wenn die Abfindungsforderungen mit den Einlageschulden verrechnet werden sollen. Überdies käme eine Verrechnung selbst dann nicht in Betracht, wenn die Nachgründungsvorschriften eingehalten würden. Denn damit wird die Bareinlage nicht schlechthin zur Sach-

einlage (14). Es ist allgemeine Meinung, daß die Gesellschaft ihre Einlageforderung nicht gegen die Forderung eines Gesellschafters, die dieser aus der Überlassung von Vermögensgegenständen an sie erworben hat, aufrechnen darf, wenn die Aufrechnung zwischen den Parteien vorher abgesprochen worden war oder sich in anderer Weise die Absicht der Umgehung des Verbots für Leistung an Erfüllungs Statt ergibt (15).

Betrachtet man die Abfindungsforderung nicht als Vergütung aus einem Übernahmeabkommen, so muß die Aufrechnung gleichwohl auch hier unzulässig sein. Es gilt das für die Umwandlung in eine GmbH Gesagte entsprechend, da diese Forderung im Hinblick auf die Verrechnung begründet wird (16). Auch hier ist die Aufrechnung also dann nicht zulässig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen einer Aufrechnung - nämlich vollwertige, fällige und liquide Gegenforderung (hier die Abfindungsforderung) - an sich vorliegen würden.

3) Wirtschaftliches Risiko bei dieser Umwandlungskonstruktion

Der Charakter einer Bargründung bleibt also nur dann gewahrt, wenn Abfindungs- und Einlageforderung nebeneinander bestehen bleiben und Geld als Abfindungsleistung von der Gesellschaft an den Gesellschafter und als Einlageleistung vom Gesellschafter an die Gesellschaft fließt. Es handelt sich dabei nicht um eine Umgehung des Aufrechnungsverbotes durch ein tatsächliches Hin- und Herzahlen von Geld (1), sondern gerade um den umgekehrten Fall:

(14) Fischer in Großkomm., § 45 Anm.17

(15) Fischer in Großkomm., § 60 Anm.16 mit Lit.

(16) A.A. wohl Fischer in Großkomm., § 60 Anm.15: Aus dem Anwendungsbereich des § 60 fällt die Aufrechnung gegen solche Forderungen heraus, die als Sacheinlagen anzusehen sind. "Da Gegenstand der Sacheinlage nur solche Forderungen eines Aktionärs sein können, die im Zeitpunkt der Errichtung der Gesellschaft ... bereits bestehen, ergibt sich daraus, daß die Gesellschaft unter dem vorstehenden Gesichtspunkt nur gegen solche Forderungen nicht mit ihrer Einlageforderung aufrechnen kann, die in diesem Zeitpunkt bereits bestanden haben." Da die Abfindungsforderung hier nicht bei der Errichtung der Kapitalgesellschaft bestanden hat, müßte eine Aufrechnung seitens der Gesellschaft - sofern man die Abfindungsforderung eben nicht als eine Vergütung für die an Erfüllungs Statt geleistete Mitberechtigung ansieht - zugelassen werden.

(1) BGHZ 28/314 = NJW 1959/383, wonach das Aufrechnungsverbot auch

es soll nicht mit der in bar erbrachten Einlageleistung alsbald die Abfindungsforderung bezahlt, sondern es soll mit dem aus der Abfindungsforderung gewonnenen Geld die Bareinlagenschuld beglichen werden. Entscheidend ist, daß auch nach der Übernahme des Unternehmens gem. § 142 HGB die Bareinlagepflichten der Gesellschafter in Höhe von 75 % ihrer Stammeinlagen oder Aktien weiterbestehen.

Die praktische Durchführung dieses Erfordernisses ist für die Gesellschafter mit einem erheblichen Risiko verbunden. Der Kapitalgesellschaft ist durch die Geschäftsübernahme zwar das volle Betriebskapital zugewendet worden, sie ist jedoch nicht in der Lage, 75% seines Wertes alsbald in Barabfindungen auszu zahlen, mit denen die Gesellschafter ihre restlichen Einlageschulden tilgen können. Obwohl das in Aussicht genommene Kapital der GmbH oder AG voll - wenn auch in Sachwerten - belegt ist, stehen noch 3/4 der Einlagen offen. Wollen die Gesellschafter diese nicht aus ihrem Privatvermögen tilgen - was bei den mit hohem Grund- oder Stammkapital ausgestatteten Gesellschaften unmöglich und auch nicht Sinn der Umwandlung ist -, dann kann eine Einzahlung nur in dem Maße erfolgen, in dem die Kapitalgesellschaft nach und nach in der Lage ist, die Abfindungsforderungen zu begleichen. Erst wenn die Abfindungsforderungen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes getilgt werden (2), kann die Zurücküberweisung durch eine Verrechnung mit den Einlageschulden ersetzt werden. Eine solche Verrechnung seitens der Gesellschaft vermeidet dann nur ein unnützes Hin- und Herschieben von Geld. Bis die Abfindungsforderungen jedoch ordnungsgemäß getilgt worden sind, tragen die Gesellschafter das Risiko eines schlechten Geschäftsganges. Im Konkursfalle können sie von der Kapitalgesellschaft auf die restlichen Einlagen in Anspruch genommen werden. Mit ihren noch nicht getilgten Abfindungsforderungen fallen sie in die Masse (3).

Schwierigkeiten kann auch die Aufbringung von 25% des vollen Grund- oder Stammkapitals in bar bereiten. Zwei Möglichkeiten stehen zur Verfügung. Der Betrag wird zunächst aus dem Privatvermögen der Gesellschafter vorge-

nicht dadurch umgangen werden kann, daß ein Gesellschafter seine Einlage in bar zahlt mit der Abrede, daß ihm der Betrag alsbald als Vergütung für eine Sachübernahme zurückgezahlt wird.

- (2) Man wird sagen können, daß eine Tilgung dann im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes vorgenommen wird, wenn sie auch für den Fall in der gleichen Weise erfolgt, daß Gläubiger der Abfindungsforderung und Schuldner der Einlagen nicht miteinander identisch sind.
- (3) Hachenburg-Schilling, § 19 Anm. 20

schossen. Oder er wird durch eine auf Liquidität ausgerichtete Geschäftsführung dem Personalgesellschaftsunternehmen entnommen. Die erste Möglichkeit scheidet regelmäßig aus. Eine solche Vorleistung ist nicht beabsichtigt. Bei den mit hohem Stamm- oder Grundkapital ausgestatteten Gesellschaften ist sie auch meist den Gesellschaftern unmöglich. Hinzu kommt, daß diese Beträge nach der Geschäftsübernahme nicht alsbald zur Tilgung der Abfindungsforderung zurückgezahlt werden können. Das wäre eine Umgehung des Aufrechnungsverbots durch ein Hin- und Herschieben von Geld. Eine Entnahme bei der Personalgesellschaft ist daher notwendig. Sie kann unwirtschaftlich sein.

Für große Gesellschaften bietet sich überdies auch der bereits erwähnte Weg über eine volleingezahlte Bargründung in Höhe des Mindeststamm- oder Grundkapitals an. 25% des für sie in Aussicht genommenen vollen Grund- oder Stammkapitals können das gesetzlich vorgeschriebene Mindestgrund- oder -stammkapital überschreiten. Dann empfiehlt es sich, die Kapitalgesellschaft mit einem Mindestkapital zu gründen und die Geschäftsübernahme nach § 142 HGB in Form einer Sacheinlage auf das anschließend durch Beschluß erhöhte Kapital vorzunehmen. Das Risiko der ausstehenden, auf die volle Stamm- oder Grundkapitalziffer gehenden Bareinlageschuld ist gebannt. Geschäftsübernahme und Verrechnung können in dem Erhöhungsbeschluß festgesetzt werden. Gegenstand der Sacheinbringung können auch die einzelnen, den Gesellschaftern zustehenden Abfindungsforderungen sein. Sie werden vor oder gleichzeitig mit dem Kapitalerhöhungsbeschluß zur Entstehung gebracht. Ihre Feststellung in dem Erhöhungsbeschluß ermöglicht Abtretung an die Kapitalgesellschaft, Erlaß oder Aufrechnung. In bar müssen nur die bei der Mindestbargründung übernommenen Einlagen geleistet werden. Diese aber vollständig. Ist die Gesellschaft nach Einzahlung von 25% auf die Einlagen eingetragen worden, so können die restlichen 75% nicht mit der bei der Kapitalerhöhung entstandenen Abfindungsforderung verrechnet werden.

Erst der Weg über die Kapitalerhöhung macht die Vermögensübertragung von der Personalgesellschaft auf die Kapitalgesellschaft durch Geschäftsübernahme nach § 142 praktikabel (4).

-
- (4) Auf die Kapitalerhöhung innerhalb von zwei Jahren nach Eintragung einer AG sind die Nachgründungsvorschriften anzuwenden, sofern Sacheinlagen geleistet werden, § 45 AktG.

D. ANHANG

I. Umwandlung in Etappen

Eine Bargründung der Kapitalgesellschaft in Höhe des Mindeststamm- oder -grundkapitals mit anschließender Kapitalerhöhung, bei der das Unternehmen der umzuwandelnden Personalgesellschaft als Sacheinlage auf das erhöhte Kapital eingebracht wird, dient nicht allein dazu, den Weg der Vermögensübertragung durch Geschäftsübernahme nach § 142 HGB praktikabel zu machen. Vielmehr können alle dargestellten Umwandlungskonstruktionen auf diese Weise in zwei Etappen auseinandergenommen werden. Bei Umwandlung größerer Unternehmen geschieht dies auch häufig. Die an der Bargründung als Einzelpersonen beteiligten Personalgesellschafter bringen dann das Unternehmen zur Erfüllung ihrer auch auf das erhöhte Kapital als einzelne übernommenen Einlageverpflichtung entweder (so regelmäßig) gemeinschaftlich oder (selten) in Form ihrer Miteigentumsanteile nach Bruchteilen in die Kapitalgesellschaft ein. Oder die bei der Bargründung - oder erst bei der Kapitalerhöhung - beteiligte Personalgesellschaft überträgt es zur Erfüllung der von ihr selbst übernommenen Sacheinlageverpflichtung auf das erhöhte Kapital. Die umzuwandelnde Gesellschaft kann dabei entweder vollbeendet oder als Holding- bzw. Besitzgesellschaft aufrechterhalten werden. In allen diesen Fällen entstehen keine konstruktiven Besonderheiten. Dagegen taucht die Frage, ob eine umzuwandelnde Gesellschaft, die durch die Unternehmensübertragung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird, in dieser Eigenschaft an der Gründung beteiligt sein kann, bei dieser "Etappenumwandlung" nicht auf.

Die Etappenumwandlung hat den Vorteil, daß die Gründung der Kapitalgesellschaft und der Fortbetrieb des umzuwandelnden Unternehmens ohne gegenseitige Einwirkungen nebeneinander herlaufen können. Eine Übergabe des Unternehmens an die noch nicht eingetragene Kapitalgesellschaft scheidet aus. Dadurch können die sich häufig im Gründungsstadium ergebenden, schwierigen und unübersichtlichen Rechtsverhältnisse - insbesondere die Ungewißheit über den Übergang der in diesem Zwischenstadium begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auf die eingetragene Kapitalgesellschaft (1) - vermieden werden.

Handelt es sich um die Umwandlung in eine GmbH, so können die Gesellschafter die Kapitalerhöhung beschließen und vollziehen, nachdem sie 25% auf die bei der Mindestbargründung übernommenen Stammeinlagen eingezahlt und die GmbH dadurch zur Entstehung gebracht haben. Die Kapitalerhöhung bei einer

(1) näher hierzu Fischer in Großkomm., § 34 Anm.10 ff. mit Lit.

GmbH setzt nicht Volleinzahlung auf das bisherige Stammkapital voraus (2). Anders im Falle der Umwandlung in eine AG. Bei ihr ist eine Kapitalerhöhung im Grundsatz nur zulässig, wenn die bisherigen Aktien voll eingezahlt sind, § 149 Abs.4 AktG (3).

II. Firmierung bei der Umwandlung

Nach § 30 HGB muß sich jede neue Firma von allen an demselben Ort bestehenden deutlich unterscheiden (1). Es kommt nach dem Wortlaut der Bestimmung nur darauf an, daß die Firmen bestehen und weiterhin eingetragen sind. Unerheblich ist, ob die einzutragende Gesellschaft einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält (2) oder nur als Gesellschafter einer anderen Gesellschaft tätig ist (3). Gleichwohl erfährt dieser Grundsatz bei der Umwandlung eine Durchbrechung.

Für die Fälle einer einheitlichen Umwandlung, in denen das Unternehmen mit dem Recht der Firmenfortführung von der umzuwandelnden Personengesellschaft bei der Gründung (und nicht erst bei der Kapitalerhöhung) in die aus ihr hervorgehende Kapitalgesellschaft eingelegt und die umzuwandelnde Gesellschaft vollbeendet wird, ist es allgemein anerkannt, daß die Kapitalgesellschaft unter der übernommenen Firma im Handelsregister eingetragen werden kann, auch wenn diese Firma als die der Personalgesellschaft noch nicht gelöscht worden ist (4). Die in Abwicklung befindliche Personalgesellschaft besteht neben der schon eingetragenen Kapitalgesellschaft noch längere Zeit unter der gleichen Firma fort. Gleichgültig ist dabei, ob sie als Gründungsmitglied der Kapitalgesellschaft aufgetreten ist oder nicht (5). Das ist

(2) Scholz, § 55 Anm.9; Hachenburg-Schilling, § 55 Anm.4; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 55 Anm.2 A; RGZ 132/392 (97)

(3) näher hierzu Fischer in Großkomm., § 149 Anm.9 und 10; Baumbach-Hueck, AktG, Anm.3 A und B

(1) Die gesetzlich vorgeschriebenen Zusätze GmbH oder AG usw. sind nach ganz h.L. keine die Individualisierung bezweckenden Firmenbestandteile, vgl. RGZ 131/27.

(2) KG, HRR 1940, Nr.1126: "Auch der Umstand, daß die aufgelöste Gesellschaft keinen Geschäftsbetrieb mehr hat, entbindet grundsätzlich nicht von der Einhaltung des § 30 HGB. Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist nur, daß die Firma der Gesellschaft tatsächlich noch im Handelsregister eingetragen steht; vgl. auch Riechert, DB 1956/494.

auch vom KG mit dem Hinweis anerkannt, daß die Anforderungen an die Unterscheidbarkeit i.S. des § 30 HGB geringer sind, wenn Verwechslungen von irgendwelcher Bedeutung nicht zu erwarten sind (6). Soll die umzuwandelnde Personalgesellschaft allerdings - etwa als Besitzgesellschaft - fortbestehen, dann muß sie umfirmieren. Auch dann, wenn sie an der Gründung beteiligt war (7). Die gleiche Firmenführung kann nicht aus § 4 GmbHG gerechtfertigt (8) werden.

(3) Riechert, a.a.O.

(4) KG, JW 1931/2993, Nr.3; Weipert in RGRK HGB, § 22 Anm.9

(5) vgl. auch Anm.8 auf S. 72 dieser Arbeit

(6) KG, HRR 1940/1126: "Es hängt aber von den Umständen des einzelnen Falles ab, welche Anforderungen an die Deutlichkeit der Unterscheidung zu stellen sind." Hier war eine AG im Wege der Auflösung und Neugründung in eine GmbH umgewandelt worden. Die AG übertrug ihr Vermögen zur Erfüllung der Einlageverpflichtungen ihrer Gesellschafter bei der GmbH auf diese. Die neugegründete GmbH firmierte "Deutsch-Spanische-Immobilien GmbH". Die in Abwicklung befindliche AG, deren Firma noch nicht gelöscht war, "Deutsch-Spanische-Immobilien AG". Das KG erklärte die Eintragung für zulässig: "Die AG tritt nach der Übertragung ihres gesamten Vermögens im geschäftlichen Verkehr überhaupt nicht mehr hervor. Sollten aber gleichwohl einmal Postsendungen für sie versehentlich an die neue GmbH ausgehändigt werden oder umgekehrt, so wäre das bedeutungslos, da die AG sich wirtschaftlich in der GmbH fortsetzt."

(7) A.A. Gottschling in GmbH-Handbuch, S.299, wonach die Besitzgesellschaft, wenn sie selbst Gesellschafterin der GmbH ist, mit dieser die gleiche Firma haben kann.

Allerdings kommt es auch nicht selten vor, daß die zur Besitzgesellschaft gewordene umzuwandelnde Personalgesellschaft unter ihrer von der Betriebsgesellschaft fortgeführten Firma im Handelsregister eingetragen bleibt, selbst dann, wenn sie nicht an der Betriebsgesellschaft beteiligt ist. Erklärlich ist dies insofern, als die Besitzgesellschaft im Geschäftsverkehr nicht mehr auftritt und Verwechslungen mit der Betriebsgesellschaft unschädlich sind. Korrekt ist dies nicht. Für gleiche Firmenführung auch bei GmbH und GmbH & Co KG entgegen § 30 HGB Hesselmann, S.87.

(8) Es ist zwar anerkannt, daß die aus einer Umwandlung hervorgehende GmbH durch die Gründungsbeteiligung der umzuwandelnden Personalgesellschaft auch nach § 4 Abs.1 GmbHG berechtigt ist, die Firma der Personalgesellschaft zu führen, vgl. RGZ 104/301. Doch bildet § 30 HGB dafür die Grenze. Hierzu nimmt die Entscheidung keine Stellung. Überdies sollte

Bei einer Umwandlung in Etappen wird man eine Durchbrechung des § 30 HGB nicht zulassen können, und zwar nicht nur dann nicht, wenn die umzuwandelnde Gesellschaft fortbestehen soll, sondern auch in den Fällen nicht, in denen die umzuwandelnde Gesellschaft nach vollzogener Kapitalerhöhung vollbeendet werden soll (9). Übernimmt die Kapitalgesellschaft im Wege der Kapitalerhöhung das umzuwandelnde Unternehmen, so sind zwar im praktischen Ergebnis in der Zwischenzeit ebenfalls kaum Verwechslungen von Bedeutung möglich. Auch hier setzt sich die eine Gesellschaft wirtschaftlich in der anderen fort. Die Kapitalerhöhung erfolgt regelmäßig wenige Tage nach Eintragung der Kapitalgesellschaft. Bis dahin tritt die Kapitalgesellschaft im Geschäftsverkehr nicht hervor. Doch muß dies nicht notwendig so sein. Von der Kapitalerhöhung könnte jederzeit Abstand genommen werden. Die umzuwandelnde Personalgesellschaft befindet sich noch nicht in Abwicklung. Entscheidend bleibt, daß auch die feste Absicht alsbaldiger Geschäfts- und Firmenübernahme nicht geeignet ist, die Anforderungen an § 30 HGB herabzusetzen.

III. Die Neckermann-Umwandlung

Es können Elemente verschiedener Umwandlungskonstruktionen miteinander kombiniert werden. Als Beispiel sei die Neckermann-Umwandlung genannt.

Zuerst wurde im Wege einer Bargründung von den Gesellschaftern der umzuwandelnden Neckermann-Versand KG die "Frankfurter Versandhaus KGaA" mit einem Grundkapital von 850 000 DM gegründet. Nach der Eintragung wurde ihr Kapital durch Beschluß auf 85 Mio. DM erhöht. Die neuen Aktien wurden von den Gesellschaftern übernommen. Die Einlage auf das erhöhte Kapital erfolgte in zwei Vorgängen. Es wurden zwei Einbringungsverträge abgeschlossen. Zunächst übertrug die Neckermann-Versand KG gemäß dem zwischen ihr und der Frankfurter Versandhaus KGaA abgeschlossenen ersten Einbringungsvertrag ihr Handelsgeschäft mit allen Aktiven und Passiven unter Aus-schluß näher bezeichneter Grundstücke und Grundstücksverbindlichkeiten zu-

die Personalgesellschaftsfirma gelöscht werden (die Keferstein'sche Papierhandlung KG in Halle hatte ihre Zweigniederlassung unter der gleichen Firma in Berlin in eine GmbH unter der Firma Keferstein'sche Papierhandlung GmbH umgewandelt, wobei die KG als Gründerin auftrat).

- (9) Vgl. auch KG, JW 1931/2993, Nr. 3 (2994) für Bargründung mit anschließendem beabsichtigten Geschäftserwerb.

gunsten ihrer Gesellschafter auf die Frankfurter Versandhaus KGaA. Alsdann übertrug jeder Gesellschafter der Neckermann-Versand KG, deren Vermögen nur noch aus Grundstücken bestand, gemäß dem zweiten Einbringungsvertrage vom gleichen Tage 97% seiner Beteiligung an dieser Besitzpersonengesellschaft ebenfalls zur Erfüllung seiner auf das erhöhte Kapital übernommenen Einlageverpflichtung auf die Frankfurter Versandhaus KGaA. Dadurch wurde das Vermögen der Besitzgesellschaft zur Kapitalausstattung der Betriebsgesellschaft herangezogen. Die Grundstücke wurden somit nicht aus dem Betriebsrisiko der Betriebskapitalgesellschaft herausgegliedert, wie das bei Betriebsaufspaltungen die Regel ist. Die restlichen 3% jeder Beteiligung und damit zugleich 3% des gesamten Kommanditgesellschaftsvermögens wurden in einer Hand vereinigt (Minderheitsgesellschafter). Dadurch wurde vermieden, daß die Anteilsübertragung steuerrechtlich als Grundstückseinlage mit der Folge der Grunderwerbssteuerpflicht angesehen wurde. Die Frankfurter Versandhaus KGaA firmierte anschließend in "Neckermann-Versand KGaA" um, die Neckermann-Versand KG in "Neckermann-Grundstücks KG". Diese vermietete die Grundstücke an jene (Betriebsaufspaltung). Die etappenweise Umwandlung geschah auch zu dem erklärten Zwecke der Notariatskostenersparnis. Durch die Betriebsaufspaltung sollte Grunderwerbssteuer gespart werden.

LEBENS LAUF

Am 14. Mai 1938 wurde ich als Sohn des Anwaltsassessors Otto Gaitzsch und seiner Ehefrau Hildegart, geb. Fickert, in Chemnitz geboren. Im Jahre 1940 verstarb mein Vater. Ich besuchte von 1944 bis 1951 verschiedene Volksschulen in Chemnitz und anschließend die Friedrich-Engels-Oberschule zu Chemnitz, wo ich im Frühjahr 1955 die Reifeprüfung bestand.

Über Berlin kam ich im gleichen Jahre in die Bundesrepublik, übersiedelte nach Freiburg i. Breisgau und begann hier im WS 1955/56 als Gasthörer das Studium der Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität. Nachdem ich im Jahre 1956 das sogenannte Nachabitur am Freiburger Keppler-Gymnasium abgelegt hatte, wurde ich als ordentlicher Studierender immatrikuliert und legte nach weiteren sieben Semestern im Herbst 1959 die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Nach einem kurzen Auslandsaufenthalt begann ich am 1.1.1961 den juristischen Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar im Lande Baden-Württemberg.

